✠

POR

DON IVAN DE ORELLANA Pizarro y Barrantes, Cauallero de la Orden de Santiago.

EN EL PLEYTO

CON DON ESTEVAN Nicolas Rengel de Tapia, ambos vezinos de la Ciudad de Truxillo.



EL Hecho de este pleyto consiste. Lo primero, en que doña Mencia de Tapia y Orellana, primera muger que fue de Hernando de Orellana, los de la casa 20. del arbol, teniendo por sus hijos a don Iuan, y doña Estefania, casas 27. y 28. en el testamẽto con que muriò por el año passado de 1570. puso esta clausula.

2 ¶ *Item, mando a Iuan Pizarro mi hijo, è del dicho Hernando de Orellana mi marido, el tercio, è quinto de todos mis bienes muebles, è raizes que yo tengo, è tuviere al tiempo de mi fallecimiẽto: lo qual quiero que aya, y herede por su dicha via de tercio, è quinto, ò como de derecho mejor a lugar: con condicion, que no lo pueda vender, dar, ni donar, ni en manera alguna enagenar, sino que ande junto con el vinculo, è mayorazgo que en fauor del dicho Hernando de Orellana mi marido à fecho el señor Iuan Pizarro de Orellana su padre, con las mismas condiciones, grauamenes, è llamamientos del dicho mayorazgo, e con las penas, è sostituciones en èl contenidas, sin alterar, ni mudar cosa alguna de todo ello, para que sucedan en el dicho tercio, e quinto los llamados al dicho mayorazgo, segũ, è como hã de suceder en èl.*

3 ¶ *El qual dicho tercio, e quinto de mejora, y mas la legitima*

gitima que cupiere al dicho Iuan Pizarro mi hijo, lo aya en la ierua de Serrezuela que yo tengo, è trage en dote, que està en termino de esta dicha Ciudad, è todo ello sea vinculado, segun, è como lo demas que dicho tengo.

4 ¶ Lo segundo, que en vida del dicho Hernando de Orellana muriô don Iuan de Orellana su hijo, y de la dicha doña Mencia de Orellana su muger sin sucession. Y tambien doña Estefania su hermana, dexando por su hijo legitimo, y de don Francisco Pizarro su marido, a don Gonçalo Pizarro; casa 23. que falleciô sin hijos.

5 ¶ Lo tercero, que el dicho Hernando de Orellana casô despues de segundo matrimonio con doña Francisca Pizarro, del qual tuvo por sus hijos a don Iuan de Orellana Pizarro, Cauallero de la Orden de Santiago, que fue el mayor, abuelo desta parte, y al señor don Fernando Pizarro, del Consejo Real de Castilla, casas 25. y 26.

6 ¶ Lo quarto, que estando posseyendo el dicho Don Iuan de Orellana Pizarro, como primogenito, el mayorazgo q̃ fundò Iuan Pizarro de Orellana su abuelo, a que agregò esta parte de dehesa la dicha D. Mencia de Orellana, le puso demanda por caso de Corte don Miguel de Eraso, Cauallero de la Orden de Calatraua, *como marido y conjunta persona de doña Maria de Tapia y Sotomayor* (padres de don Esteuan Nicolas Rengel de Tapia) diziendo, que doña Mencia de Tapia y Orellana hizo vinculo y mayorazgo del tercio y quinto de sus bienes, que asignô en la parte de dehesa de Serrezuela, y renta de yerva que en ella tenia, a fauor de sus hijos, y descendientes.

7 ¶ Y que deuiendo a falta de ellos llamar a sus parientes transversales, no lo hizo, si no a los sucessores del mayorazgo de su marido, y que auiendo vacado por muerte de don Gonçalo Pizarro, nieto de la fundadora, casa 32. y perteneciẽdo a la dicha doña Maria de Tapia su muger, por ser la parienta mas cercana, conforme a la ascendẽcia, que en el Arbol se refiere, lo estaua ocupando el dicho don Iuã de Orellana Pizarro, como tal posseedor del mayorazgo de Iuan Pizarro su abuelo, sin ser pariente en grado alguno de la dicha Fundadora.

8 ¶ Concluyô ser declarada por legitima successora de este vinculo, y parte de dehesa de la Serrezuela, de que se formô, con los frutos.

9 ¶ Don Iuan Pizarro de Orellana puso las excepciones que con toda distincion referiremos adelante, y seruiran de fundamentos para su defensa.

Tam-

10 ¶ Tambien saliò a el pleyto el señor don Fernando Pizarro, pretendiendo, que los bienes de esta mejora se auian de declarar por libres, y de ellos satisfazerle lo que se le deuia de la legitima de su padre, que eran mas de 7U.ducados.

11 ¶ Recebido el pleyto a prueua, hechas prouãças por todas tres partes, y concluso y visto el pleyto por los señores Iuezes de dos Salas, se quedò sin determinar desde 19. de Enero de el año passado de 636.

12 ¶ Lo quinto, que auiendo estado suspẽdido por mas tiempo de 24.años, y muerto en el interin los Iuezes que le vieron sin dexar sus votos, y la dicha doña Maria de Tapia, y don Miguel de Eraso su marido, por Agosto de 659. saliò oponiendose a este pleyto don Esteuan Nicolas Rengel de Tapia, como hijo primogenito de los dos.

13 ¶ Emplazò a don Iuan de Orellana Pizarro y Barrantes, nieto de don Iuan de Orellana, a quien se puso la demanda, como posseedor del mayorazgo antiguo de Iuan Pizarro su tercero abuelo. Y despues en la afirmatiua concluyô ser declarado por legitimo sucessor de la parte de la dehesa de la Serrezuela.

FVNDAMENTOS DE LA DEMANDA.

14 ¶ El primero que expressò Don Miguel por cabeça de doña Maria de Tapia su muger, fue dezir, que siendo este mayorazgo de tercio y quinto, y deuiendo doña Mencia de Orellana, fundadora de el, a falta de sus descendientes legitimos, llamar a sus parientes (como lo era doña Maria de Tapia, madre de don Esteuan Nicolas, segun consta de su filiacion explicada en el Arbol) no lo hizo, si no a los sucessores del que su marido posseia, siẽdo estraños.

15 ¶ Lo qual se opone, y es contrario a lo dispuesto por la *ley 27. de Toro*, que diô la forma, ibi: *Y a falta de los descendientes, puedan hazer los llamamientos, y sumisiones entre sus pariẽtes, y a falta de parientes, entre los estraños.*

16 ¶ Y a las palabras finales della, ibi: *Y que de otra manera no puedan poner grauamen alguno, ni condicion a el dicho tercio.*

17 ¶ Las quales hizieron tanta fuerça a los mas DD. de nuestro Reyno, que sin embargo de auer vsado antes en los descendientes, y legitimos ascendientes, y transuersales, de otra voluntaria, como es, *Puedan*, que no induze necessidad (vt infra dicemus) todavia se rindieron a dezir, que si se preposterasse el orden, llamando primero a los parientes, que no a los estraños, fuesse nulas las sostituciones destos.

Sic

18 ¶ Sic Palac. Rub. *in l.27. numer.* 50. Auend. *ibidem glos.2. num.* 6. D. Paz *in l.200. Styli, nu.* 61. Gutierr. *libr.3. pract. quæst.* 52. *à num.* 5. Azeued. *in l.*11. *tit.*6. *libr.*5. *Recop. num.* 44. Matienç. *in dict. l.*11. *glos.*5. *à nu.*3. Dom. Castill. *libr.2. cap.*30. præcipuè *ex num.* 11. Noguer. *allegat.*25. *à num.*95. *cum seqq.*

II. FVNDAMENTO CONTRARIO.

19 ¶ Añaden (que, aunque la fundadora no hizo llamamiento en doña Maria de Tapia, ni su linea, ni subsista el que suena à fauor *de los sucessores en el mayorazgo de su marido*, no por esso este tercio, y quinto quedò libre en el vltimo descẽdiẽte de la fundadora, q̃ fue dõ Gõçalo Pizarro, casa 32.) sino vinculado para los parientes transuersales de la familia de la susodicha, ordine successiuo, supliendo la mesma ley los llamamientos que faltaron en lo literal de la disposicion, y entrando a gozarlo el mas cercano por ministerio della, que lo es dicha doña Maria, y Don Esteuan Nicolas su hijo.

20 ¶ Ad text. *in l. peto, §. fratre, l. cum quidam, l. cum ita legatur, §. in fideicomm. ff. de leg.* 2. y en terminos D. Castill. *libr.2. cap.*7. donde disputa el punto por todo êl, Noguer. *alleg.* 25. *numer.*107.

III. FVNDAMENTO CONTRARIO.

21 ¶ Tambien afirman, que aunque la *l.*27. *de Toro*, habla, solo en la mejora de el *Tercio*, y este vinculo fue tambien del quinto, y lo q̃ mas es, *de la legitima* de D. Iuan Pizarro, primero llamado, supr. *num.* 3. adhuc por la sugeta materia de mayorazgo, lo indibisible dèl, y porque a lo principal, que es el tercio, ha de seguir lo accessorio, que es menos, y no se â de separarlo, deue lleuar todo el sucessor legitimo, a quien tocare el tercio, conforme a dicha ley.

22 ¶ Resuelvenlo en la propria especie de tercio, y quinto, Mier. *de maior.*3. *part. quæst.*8. *n.*17. D. Cast. *lib.*5. *cap.* 100. *à n.*13. D. Perez de Lara *de vita hominis, cap.*30. *nu.* 121. & 122. Noguer. *allegat.*25. *à num.*109. precipuè *num.* 111. D. Salgad. *in labyrint. part.*1. *cap.*4. *nu.*17. *in fin.* Y con la legitima D. Cast. *tom.*6. *cap.*128. *à nu.*21.

23 ¶ Verùm sin embargo son tantas las excepciones, y fundamentos de hecho, y derecho que asisten a don Iuan Pizarro de Orellana para su defensa, que la expresion de ellos, con la mayor claridad que nos sea possible harà demonstracion euidente de su justicia, para que en fuerça, y por los meritos de ella sea absuelto, y dado por libre de la demanda, y puesto perpetuo silencio a la contraria.

PRIMERA EXCEPCION DE DON IVAN *Pizarro.*

24 ¶ Tiene alegado en primer lugar, que no es parte quien introduxo el juyzio, como se justifica de auerlo hecho don Miguel de Eraso con solo su poder, y no de doña Maria de Tapia su muger, aunque como su marido, y con junta persona, vt videre est *Roll. fol.5.*

25 ¶ El qual no es bastante, quando se pretenden sacar por cabeça de la susodicha, y para ella bienes parafernales, ò extradotales; porque entonces, el marido solo, sin poder especial della, ô dando fianças de que lo aprouarâ, no es parte para intentarlo, *l. maritus 21. C. de procurat. l. cum maritum* 11. *C. de solut. l.10. tit.5. part.3.* Mart. *cons.* 151. *numer.* 11. Trentacinq. *libr.* 2. *variar. tit. de procurat. resolut.5. nu.* 10. *in fin.* Gail. *libr.* 1. *pract. obseruat.*133. *num.*1. Mising. *centur.*3. *obseruat.*53. *num.*4.

26 ¶ Y aunque el señor don Ioseph Vela *dissert.9. à nu.* 28. *vsque ad* 39. dize, que por las leyes 4. *&* 5. *tit.9. lib.5. Recop.* Tiene el marido en todos los bienes de la muger la administraciõ por pertenecerle los frutos, y ganancias constante el matrimonio, & sic, se le deue conceder el exercicio de las acciones.

27 ¶ Se opone al verdadero sentir de los mas DD. veluti Petrus Barb. *in l. cum notissimi* 7. *§. illic, num.* 84. *C. de præscript.* Roder. Suarez *in l.*13. *tit. de las deudas, numer.*34. vers. *Ex qua conclusione*, que en explicacion de nuestras leyes del Reyno dixo, ibi: *Quia licet mulier, in agendo, debeat licentiam à marito petere, tamen principale exercitium in ea residet.* Didacus Castill. *in l.*55. *Taur.* verbo *en juyzio, lib.5.*

28 ¶ Principalmente, si el pleyto no es separado a solos los frutos de los tales bienes extradotales, ò parafernales, sino por la propiedad de ellos, en los quales las mesmas leyes 4. *in fin. &* 5. *post prin. dict. tit.9. libr.5. Recop.* no alteran cosa alguna en perjuyzio de la muger; y assi no es possible que formandose juyzio sobre ellos sea firme con solo el poder del marido sin interuenciõ della, cuyos son. Vt animaduertit Gregor. Lopez *in l.*29. *tit.*2. *part.*3. *glos.*4. Flores de Mena *ad decis.*182. *Gammæ.*

29 ¶ Ni que la sentencia que en èl se pronunciare, perjudique a la muger, Bart. *in l. de die, §. qui mulierem, ff. qui satrid. cog.* Immol. *in l. quinque legibus, ff. de bon. damn.* Bertrand. *cons.*129. *num.*4. *in fin. vol.*6. Fontan. *tom.*2. *claus.*6. *glos.*1. *p.*3. *num.*34. *in fin.*

30 ¶ Verum vt cumque sit, en bienes de mayorazgo sobre la propiedad de ellos (sicuti in præsenti) milita diferente ra-

zon por residir este derecho inseparado en la muger, sin comprehenderlo la dote, ni passar el dominio al marido, vt expresè Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 32.

31 ¶ Y por esta razon en los mayorazgos, ô patronatos, en que tocan a la muger, las presentaciones las deue ella hazer, y no el marido, Palac. Rub. *in repetit. cap. per vestras de donat. inter* §. 43. *nu.* 10. Burgos de Paz *in prœmio legum Tauri*, *num.* 5. Baeza *de non meliorandis*, *cap.* 23. *numer.* 18. Gutierr. *de tutell.* 3. *part. cap.* 29. *num.* 4. Garcia *de benefic.* 5. *part. cap.* 9. *nu.* 179. & *num.* 185. Barb. *in l. diuortio*, §. *si verò*, *nu.* 57. *ff. solut. matrim.* Dom. Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 32. & ibi Add.

32 ¶ Con esta sentencia se conforma tambien el señor D. Ioseph. Vela *dict. dissert.* 4. *num.* 97. aunque en los parafernales lleua lo contrario.

33 ¶ Et in fœmina, quæ in Regno succesit, que le toque la administracion a ella, y no al marido, tenent Bald. *in cap. significauit* 36. *nu.* 4. vers. *Item, quia Regnum de rescriptis*, Palac. Rub. *dict.* §. 43. *num.* 10. Greg. Lopez *in l.* 1. *tit.* 1. *part.* 2. *glos.* 9. *in fin.* Gutierr. *de tutell.* 1. *part. cap.* 18. *nu.* 32. Dom. Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 24. *nu.* 33. Dom. Don Iaseph Vela *dict. dissert.* 4. *n.* 97.

34 ¶ Denique, quod sit necessum, el seguir el pleyto cō la muger, citandola para el juyzio; y que no baste intentarlo solo el marido sobre bienes de mayorazgo, ô patronato tocāte a ella; tenent Gamma *decis.* 182. *per totam*, & ibi Flores de Mena *in additione*, & *dicis.* 203. Cauedo *decis.* 35. *per totam*, & *decis.* 182. Gabriel Pereira *decis.* 76. *à num.* 1. Melchor Febo *decis.* 4. Et sic en fuerça de este fundamento, por defecto de parte deuia ser absuelto el Reo convenido.

SEGVNDA EXCEPCION DE DON IVAN.

35 ¶ Quando sin embargo de la antecedente, pudiera correr la demanda: se defiende esta parte con dezir, *que la l.* 27. *de Toro*, en quanto a la mejora *del tercero* vinculado, no dâ llamamiento precisso a los parientes transuersales, si no lo dexa en voluntad del padre, ô madre, para que lo puedan hazer si quisieren, vt videre est, de sus palabras.

36 ¶ *Mandamos, que quando el padre, ò la madre mejorare à algunos de sus hijos, ò descendiētes legitimos en el TERCIO de sus bienes, que le puedan poner el grauamen que quisieren, con tanto que lo H A G A N entre sus descendientes legitimos.*

37 ¶ Donde por tratar de los descendientes legitimos, vsò, ibi: *Con tanto que lo H A G A N*, que induze necessidad, Castill.

Castill. *in dict. l. 27. Taur.* Palac. Rub. *ibidem numer.* 50. Auend. *glos. 2. num.* 1. Gom. Arias *num.* 59. Tello Fernandez *numer.* 12. Dom. Molin. *lib. 2. cap. 2. num.* 11. Gutierr. 2. *pract. quæst.* 52. *in prin.* Dom. Castill. *lib. 2. cap.* 30. *num.* 1.

38 ¶ At verò, passando adelante, ibi: *E a falta de ellos lo PVEDAN hazer entre sus descendientes, ilegitimos, que ayan derecho de los poder heredar.*

39 ¶ *E a falta de dichos descendientes, que lo PVEDAN hazer entre sus ascendientes.*

40 ¶ *E a falta de los susodichos PVEDAN hazer dichas sumisiones entre sus parientes, e a falta de parientes entre estraños.*

41 ¶ Vsô de diuersa, y contraria palabra, scilicet, *lo puedan hazer*, que es de mera, y libre voluntad, *si quisiessen*, ad text. *in l. non quidquid, ff. de iud. l. Gallus in prin. ff. de liber. & post.* Iasson *in l. 4. §. cato de verb. oblig. numer.* 47. Et in explicatione *dict. l.* & verb. *PVEDAN*, notant Auend. *ibidem glos. 2. nu.* 2. Tello Fernandez *numer.* 12. videndus Dom. Castill. *dict. cap.* 30. *lib. 2. num.* 4. Gutierr. *pract. 2. quæst. 52. nu.* 1.

42 ¶ Con que, licet, los successores en el mayorazgo de Iuan Pizarro (a quien llamô despues de sus descendientes) no fueran parientes de la fundadora (como en la verdad lo son, vt infra clare demonstrabimus, en la vltima excepcion) pudo en conformidad de lo dispuesto por esta ley anteponerlos a la linea de doña Maria de Tapia, ex illis verbis, illic: *Lo puedan hazer* ex iuribus proximê aductis.

43 ¶ Sin que obste la clausulà vltima, *dict. l.* ibi: *Y que de otra manera no puedan poner grauamen alguno, ni condicion en el dicho TERÇIO*, que por ser generica, y estar despues de los grados de sustituciones, los comprehendiô a todos, *l. 1. C. de lib. pret. l. fin. de reb. dub. l. talis scriptura de leg.* 1. & in casu Dom. Castill. *lib. 2. cap. 30. num.* 12. & ex congestis supr. *nu.* 17. & 18.

44 ¶ Porque satisfacemos cõ diuersas cõsideraciones dignas de reparo, quales son. La primera, q̃ todas las vezes q̃ se tratare de interpretar palabras generales, posteriores, queriendo comprehender en ellas, no solo personas, a quien assiste el derecho (como son los descendientes legitimos) pero a otras de diuerso linage, a quiẽ resiste, veluti in presenti, lo son para succeder en el tercio los ilegitimos, ascẽdiẽtes, transuersales, y estraños. Tunc à las primeras solo a quien de necessidad se deue llamar, que son los legitimos, se han de referir, y aplicarse, no empero a las otras a quien no pertenece.

45 ¶ Ad text. *in l. ex facto, §. quidam, ff. de vulg. l. item veniunt, §. prætor, ff. de petit. hæred.* ibi: *Aptanda est igitur nobis singulis verbis S. C. congrua interpretatio,* & ibi: *Neque sibi iungetur, cum ad suam quisque causam substitutus sit,* Glos. *in l. qui in futurum,* verbo *poterimus. ff. de pact.* ibi: *Scilicet, in casu secundo, & sic redde diuersis respectibus, singula singulis, hoc est, tertium primò, & quartum secūdo,* Glos. *in l. fin. C. de fideicomm.*

46 ¶ Deduciturque ex *cap. cum singula 32. de præb. lib. 6.* ibi: *Ne aliqui Monachi, vel Religiosi alij pluribus Prioratibus, vel Ecclesijs curam habentibus animarum, &c. Absque Sedis Apostolicæ authoritate præesse præsumant.* Donde, aunque los sustantibos *Prioratibus, vel Ecclesijs,* estan en vna propia oracion, y regidos de los verbos *præesse præsumant,* nihilominus, las palabras que se siguen *habentibus curam animarum,* solo se han de referir a el *Ecclesijs,* y no a el *Prioratibus,* por la diuersidad que en vnas, y otras se reconoze, vbi Glos. ibidem verb. *Prioratibus;* vbi sic ait: *Potest dici etiam non curatis. Et quod infra dicitur de curatis, refertur ad proximè dictum de Ecclesijs.*

47 ¶ Explicolo tambien la *Clement. vnic. in fin. de supplenda neglig. prælat.* & ibi glos. verb. *curam,* Anton. de Butr. ibidem *in fin.* Immol. *num. 45.* illic: *Nota benè ex ista glosa, iūcta decretali, cum textu in cap. cum singula, in princ. quod qualitas adiuncta, & posita post duo subiecta, refertur ad proximum tantum, nec qualificat omnia præcedentia, etiam in eadem oratione posita.* Et textum illum *in dict. cap. cum singula,* ad id expendunt Alexand. *cons. 48. num. 11. vol. 1.* Bartholom. Socinus *in l. fin. num. 3. ff. de reb. dub.* Carolus Ruinus *cons. 185. num. 2. in fin. & num. 3. lib. 1. & cons. 137. num. 5. libr. 3.* Simon de Prætis *de interpret. vltim. volunt. libr. 2. interpret. 4. dub. 2. solut. 2. numer. 166.*

48 ¶ Bonus text. *in l. 1. C. quando de pecul. act. ann. sit,* vbi siendo el edicto del Pretor, ibi: *Post mortem eius, qui in alterius potestate fuerit, dumtaxat de peculio, & si quid dolo malo eius, in cuius potestate est, factum fuerit, quominus peculius esset, in anno, quo primum ea re experiūdi potestas erit, iudicium dabo.*

49 ¶ Reconociendo que mezclaua el caso de enagenacion, è mancipacion, y el de muerte, sin diferencias los tiempos, y las personas con lo general del edicto, añadiô, ibi: *Alienatio autem, & manumissio ad seruos pertinet, non ad filios; mors autem tan ad seruos, quam ad filios refertur; emancipatio verò ad solum filium.*

50 ¶ Lo qual todo se aplica à nuestra especie; porque en

per-

perjuyzio de los descēdiētes legitimos, no puede el padre disponer del *tercio de sus bienes*, por serles deuidos por parte de su legitima, y solo permitiò la ley hazer mejora dèl, con calidad, y obligacion precissa, ibi: *Con tanto que lo haga entre sus descendientes legitimos*, Palac. Rub. *in dict. l. num.* 4. Tello Fernandez *n.* 3. Matienç. *in l. 9. tit. 6. glos. 1. num. 2. lib. 5. Recopil.* Dom. Castill. *lib. 2. cap. 30. num. 27. & lib. 5. cap. 99. num. 1.*

51 ¶ Verùm, passando a los *ilegitimos*, como estos no son herederos forçosos al padre, ex testamento, si ya no es, que a falta de legitimos, por su voluntad los quiera llamar, *l.* 8. *tit.* 13. *part. 6.* vbi Greg. *verb. acordasse, l. 8. tit. 8. lib. 5. Recopilat.* Ant. Gom. *in l. 9. Taur. num.* 11. Roxas *de successione, cap.* 11. *num.* 9. Matienç. *in dict. l. 8. tit. 8. glos. 5. & in l. 11. tit. 6. glos. 5. in princ.* Azeued. *in l. 7. tit. 6. lib. 5. nu.* 14. Dom. Castill. *lib. 2. cap. 30. n. 6.*

52 ¶ Con prouidencia particular, y no a caso, diferenciò de la palabra que antes auia puesto en los legitimos, ibi: *Lo HAGAN*, y puso otra opuesta, y contraria, illic: *LO PVEDAN hazer*, dexandolo en la mera voluntad del padre, ex iuribus proximê relatis.

53 ¶ Y del propio tenor, y forma vsô quando llegò a los ascendientes, diziendo: *E a falta de dichos descendientes lo PVEDAN hazer entre sus ascendientes*, por la facultad que nuestras leyes Reales conceden a los hijos para disponer del *TERCIO* de sus bienes en perjuyzio de sus padres, ex *l.* 6. *Taur.* ibi: *Pero bien permitimos, que no embargante que tengan ascendiētes, que en la TERCIA parte de sus bienes PVEDAN disponer los dichos descendientes en su vida, ò hazer qualquiera vltima voluntad por su alma, ò en otra cosa qual quisieren*, vbi Castill. Palac. Rub. Gom. Arias, Auendañ. Tello Fernandez, Matienç. & Azeuedo, & alij Regnicoli passim.

54 ¶ Et tandem, haziendo trāsito a los *parientes*, y despues a los *estraños* los iguala con la mesma clausula que a los ilegitimos, y ascendientes, illic: *E a falta de los susodichos PVEDAN hazer dichas sumissiones entre sus parientes, y a falta de parientes entre estraños.*

55 ¶ De que resulta, que pues en todas las personas a quien el padre no està obligado a llamar para el TERCIO, puso la mesma palabra *PVEDAN*, diuersa de la que auia antes validose para con los *descendietes legitimos*, ibi: *LO HAGAN*, nihil dubij, el auer querido declararse mas, y mas para escusar las dificultades que en su explicacion pudieran resultar.

56 ¶ *Cap. si Christus de iur. iurand. l. Ballista ad*

 Trebel.

Trebel.l.1.§.intelligitur,ff. de ædilit. edict. ibi: *Puto ædiles tollendæ dubitationis gratia, bis idem dixisse, neque dubitatio superesset*, Surd. *cons.369.num.16.* Casanat. *cons.4.num.146.*

57 ¶ Maximè, siendo tres las repeticiones, vt considerant Dec. *cons.504.numer.9.* Crauet. *cons.54. numer.3.* Roland. à Valle *cons.51.* ibi: *Nam verba prædicta geminata censentur prolata cum maiore deliberatione, imò triplicatis, quæ latiorem effectum important.* Casanat. *dict. cons.4.num.146.* ibi: *Et multo magis, si triplicata fuerint restrictio, & limitatio.*

58 ¶ La segunda consideracion, y en comprouacion de la antecedente, consiste, en que siendo palabras de ley, debent interpretari secundum ius commune, *l. ex facto, §. idem quæro, ff. de vulg.* vbi DD. Decio *cons.62.nu.2. volum.1.* Surd. *cons.333. num.20.* ibi: *Et præsumitur mens legis, qualis debet esse de iure*, Tusch. *conclus.330.num.25. litter.T.*

59 ¶ Et sic præfata clausula, *y q̃ de otra manera no puedan poner grauamen, &c.* No sea, ni deue referir a todos los grados de sostituciones antecedentes, por no tocarle el *TERCIO*, sino *a los descendientes legitimos*, cuya es esta porcion, y convenirle en todo dichas palabras, *l. qui adoptionem, ff. de adopt.* Ias. *in l.1.C.de lib. præt.num.8.* ibi: *Istam regulam limita, non procedere, quando talis clausula non potest commodè referri ad omnia præcedentia, aliàs debet referri ad proxima, vel ad compatibilia, vel ad ea, quæ potest referri*, & ibidem Add. *litter. B.* ibi: *Adde quando præcedentia essent diuersæ sequentibus, vel econtra; quia tunc, clausula respicit illud, quod probabilius adaptatur.*

60 ¶ Tenent etiam Bart. *in l. si idem, §. si vnus, ff. de iurisd. omnium iud. num.2. in fin.* Curt. Iun. *cons.7.nu.12.* Crauet. *cons.70.num.10.* Ruin. *cons.170.numer. 10. volum.2.* Zephal. *cons.23.numer.102.* ibi: *Neque fit relatio ad ea, in quibus ratio diuersitatis consistit.* Surd. *cons.461.numer.63.* ibi: *Et quanuis aliquando relatio fieri debeat ad omnia præcedentia, tamen illud falit, quando in omnibus non est eadem ratio; sed in aliquibus est diuersa*, probant Simon de Prætis *de interpret. lib.2. solut.3. interpret.3.num.198.*

61 ¶ La tercera, porque supuesto que la mesma *l.27.* q̃ diò forma à los llamamientos, començando por los descendientes legitimos, dixo: *Con tanto que lo hagan entre ellos*, si quisiera se guardasse el proprio tenor de obligacion, y necessidad en los *ilegitimos, ascendientes, transuersales, y estraños*, no era menester variar de lenguage, sino dexar regidos los llamamientos de todos con vna mesma palabra.

Pero

62 ¶ Pero si vemos, que llegando à estos, con deliberacion, y maduro acuerdo, añadiô, *y a falta de los descendientes legitimos, lo puedan hazer entre los ilegitimos*, y a falta de ellos, *lo puedan hazer entre sus ascendientes*, y a falta de ellos, *lo puedan hazer entre sus parientes, y en falta entre los estraños.*

63 ¶ Si estuvieramos a la inteligencia que de contrario se solicita à la vltima clausula, ibi: *Y que de otra manera* dieramos, que por solo ella quedaua corregida in continenti la mesma ley, quod non est credendum, *dict. l. si quando, C. de inoffic. testam.* Surd. *decis.* 210. *num.* 11. Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 14. *nu.* 18. *in fin.* Casanat. *cons.* 15. *num.* 42. Marin. Frecc. *de subfœudis, lib.* 2. *q.* 35. *n.* 35. *fol. mihi* 229. ibi: *Rex hoc nõ expresit, non consensit, & si voluisset, expresisset, & sub verborum in volucro non est credendum omnem legalem prouidentiam subuertere voluisse, l. si quando, C. de inoffic. quæ est notabilis ad plurimas quæstiones.*

64 ¶ Et sic, por escusar la enmienda de lo antecedente, se ha de limitar la relacion, y clausula general, posterior a solos los descendientes legitimos, *dict. l. si quis à filio in princ.* vbi glos. *ff. de leg.* 1. Decio *cons.* 14. vers. *Confirmatur, nu.* 8. Crauet. *cons.* 83. *num.* 3. Castrens. *in l.* 1. *de lib. præterit. num.* 1. vbi Iasson *num.* 9. ibi: *Secundo limita, quando ita referendo, non informaretur aliquod capitulum præcedens, vel sequens, secus si induceretur annullatio, vel inualidatio*, Simon de Præt. *de interpret. dict. libr.* 2. *resolut.* 3. *interpret.* 3. *nu.* 186. illic: *Cessat itaque relatio ad ea, quæ ex ipsa relatione remanerent correcta.*

65 ¶ Præcipuè, quando la tal correccion llega à ofender a el Derecho, y leyes de nuestro Reyno, ex Socin. *in l. plures testamento, sub num.* 3. *de reb. dub.* Bald. *in l. veluti, numer.* 6. *de iust. & iur.* Alex. *cons.* 8. *numer.* 5. *volum.* 1. Menoch. *cons.* 86. *num.* 23. *lib.* 1. Simon de Prætis *dict. resolut.* 3. *num.* 187. ibi: *Cessat etiam, quando ipsa relatione induceret correctio iuris communis*, Robles Salcedo *de repræsent. cap.* 25. *lib.* 2.

66 ¶ Y se recrecen, absurdos, *cap. Ecclesiæ*, §. *fin. de electione*, vbi Abb. *num.* 1. Iasson *in dict. l.* 1. *C. de liber. præter. nu.* 9. Surd. *cons.* 431. *num.* 64. ibi: *Vt autem absurdum euitetur, cessat relatio, quæ regulariter debet fieri ad omnia.* Robles Salcedo *de repræsent. lib.* 2. *cap.* 13. *numer.* 24. ibi: *Solet enim relatio, quæ ad omnia regulariter fit cessare, quando absurdum sequereretur, & ad speciale tantum fit, ex quibus sanus percipitur intellectus.*

67 ¶ Tùm denique, porque discurriẽdo muchos de los DD. del Reyno por algunas de las dificultades propuestas, llegaron a dezir desta *l.* 27. *de Toro*, como fueron Diego del Castill. *n.*

38.*in fin.*porque encuentrò con la *l.6.*antecedente,illic: *Et si tu, qui has duas leges legeris, alitèr poteris concordare, rogo, vt facias, propter alios legentes.*

68 ¶ Tello Fernandez *num.*12.ibi: *Sed adhuc non capio efficacem rationem huius decisionis.*

69 ¶ Auend. *Glos.*2.tratando de los descendientes ilegitimos, en quanto a el padre, querer hazerlos herederos forçosos del tercio, *num.*14.inquit: *In patre tamen durissimum est efficere legem necessarios in substitutione, quos extantibus ascendentibus, voluntarios fecerat in substitutione, ex l.*10.*Taur.* Et iterum ibi: *In quo rigorosa videtur; quia non solum obstat voluntaria electio, dict. l.*10.*Taur. sed & constitutio, l.6. qua testator etiam si haberet ascendentes, poterat ad libitum disponere de tertio inter extraneos.*

70 ¶ Gutierr. 3.*pract. quæst.*52.*num.*7.refiere a Auendaño, y sus dudas; y aunque despues dize: *Quod lex specialiter in melioratione tertij, ita voluit, & licet dura videatur, seruanda est; prout iacet.*

71 ¶ Angulo *cap.*11.*num.*4.*glos.*7.*in fin.* queda con el sentir, de que la clausula ibi: *Descendientes ilegitimos, que ayan derecho de los poder heredar*; se ha de entender respecto a la madre, de quien son naturales, espurios herederos forçosos, y no del padre, in hæc verba: *Atq; ita filius naturalis, vel spurius respectu matris, nceessario vocandus est; quia eius sucessio necessaria est, filius autem naturalis, respectu patris voluntariè vocandus est, scilicet si pater vellit: quia eius successio voluntaria est, vt in dict. l.* 8. *qui intellectus verbis textus, & iuri consonus, & necessarius est, cum aliter prædicta iura concordari non posint.*

72 ¶ Dom. Larrea, *dict. decis. Granat.*32.*num.*48. ibi: *Et ratio dict. l.*27.*si attentè discutiatur, fortius adstringet, de qua valdè dubitarunt nostri Regnicoli.* Y refiere a Tello Fernandez, y a Castill. y sus palabras. Et prosequitur ibi: *Et quam ancipiti sensu ab interpretibus discutiatur, constat ex traditis ab Angul. & quæ notarunt plures, quos late refert D. Castill. libr.* 2. *cap.*30.*per totum.*

73 ¶ Et sic, en medio de este encuentro de sentires, la mas segura, y verdadera interpretacion de las palabras, *dict. l.*27. *Tauri, y que de otra manera.* Es la que se ha considerado, y prouado por esta parte, pues se conforma con el derecho comun, y leyes del Reyno, *l. fin. C. de inoffic. testam. l. si quis seruo* 20. vbi gloss. & DD. *C. de seruis fugitiu.* Cephal. *cons.*13.*numer.*49. & *cons.*140.*num.*22. Roland. à Valle, *libr.*1.*cons.*63.*num.*34. &

lib 3.

lib.3.conſ.72.num.31.& 32.& libr.4.conſ.80.num.19.& 21. Marc.Ant.Natta *conſ.132.in fin.& conſ.172.num.2.volum.1.& conſ.344.num.5.& conſ.410.nu.21.volum.2.* & cum multis Surd.*conſ.4.numer.49.volum.1.* Aluar. Valaſc.*conſultat.41.num.7.* Velazquez *in l.40.Taur.gloſ.4.num.25.* Greg. Lop. *in l.9.gloſ.3.tit.13.part.6.* Robles *de repreſentat. libr.2.cap.29.num.13.* D.D.Ioſeph Vela *tom.1.diſſert.26.nu.88.in fin.* Dom. Valenç.*conſ.23.num.64.*

74 ¶ Con que auemos ſatisfecho à el primer fundamento contrario, de que nos opuſimos ſupra *num.18.& 19.*

TERCERA EXCEPCION DE D. IVAN.

75 ¶ Eſta mira à reſponder a el ſegundo fundamẽto de don Eſteuan Nicolas, en que afirma, que aunque la fundadora nò hizo llamamiento en doña Maria de Tapia ſu madre, ni en los de ſu linea: adhuc por ſer parienta, y de ſu familia, ſe ha de tener por llamada, conſervandoſe los bienes del *TERCIO*, como vinculados, y que no quedaron libres en don Gonçalo Pizarro, nieto de la Fundadora, caſa 32.

76 ¶ Punto es que lo tocaron pocos Doctores del Reyno, y aſsi lo ajuſtò el ſeñor don Iuan del Caſtillo *lib.2.cap.7.à nu.3.* & iterum *num.11.* verſ. *Vides igitur*, que lleua la contraria ſentencia, y le ſigue Noguer. *allegat.25.num.111.* Pero ex profeſſo mouiò la queſtion Ayora *de partit. quæſt.43. à num.52.* videndus, donde pone el caſo quando el padre hizo mejora del tercio, y antes de llamar a todos ſus deſcendientes à ella, paſsò a tranſverſales, ò eſtraños; y duda ſi aurà de guardarſe la forma en los deſcendientes, y ſucederan todos, y deſpues dellos los parientes, ò eſtraños, ò por la contrauencion a la ley, quedaran los bienes de el tercio libres en el vltimo deſcendiente (que es lo miſmo que ha pretendido en eſte pleyto el ſeñor Don Fernando Pizarro, ſegun conſta de ſu opoſicion, y peticiones.) Y reſuelve in hæc verba, *numer.52.*

77 ¶ *Quod, ſi ita non fecit, & prædictum ordinem non ſeruauerit, non valebit, quod in contrarium factum fuerit.* Et poſteà ibi: *Porque la ley de Toro no dize que ſea obligado el padre a hazer las dichas ſuſtituciones preciſamente por aquella orden contenida en la ley 27. para que tengan derecho los deſcendiẽtes a lleuar eſta mejora en excluſion de los aſcendientes, y los aſcendientes, en excluſion de los tranſuerſales; ſi no que ſi no lo hiziere de eſta manera, que no vala el grauamen, è ſuſtituciones, que de otra manera hiziere, y no valiendo el grauamen, y ſuſtitucion hecha contra la dicha ley, valen los que hizo legitimamẽ*

te conforme a ella, y alli se queda por bienes libres, y partibles entre los herederos del vltimo posseedor, hasta do se pudo poner la sustitucion, y grauamen.

78 ¶ Ioan. Gutierrez *dict. quast. 51. libr. 3. à num. 15.* tambien pone la propria question, y queda con la sentencia de Ayora.

79 ¶ Angulo *de melior. in l. 11. glos. 4. à num. 19.* haze algunas distinciones, pero en lo principal es del mesmo sentir.

80 ¶ Y si atendemos a lo literal de las palabras de la ley, que tantas vezes se han referido, parece que estan claras, segun Ayora, y sus sequazes, a que deuemos inclinar el arbitrio, vt videre est ibi: *Con tanto que lo hagan, &c.* Y despues illic: *Lo puedan hazer,* & tandem concludit sic: *Y que de otra manera no puedan poner grauamen alguno, ni condicion en el dicho tercio.*

81 ¶ Y no a lo que el señor Castillo tiene, de que si el padre, ô la madre hizieren mayorazgo del *Tercio*, y no guardaren la forma de la ley, se reduzgan los llamamientos a ella, no solo *en quanto a los descendientes legitimos* por via de vinculo; pero tābien en los parientes, con el mismo grauamen perpetuamente, pues literalmente resiste a esto lo decisivo della, ibi: *Y que de otra manera no puedan poner grauamen alguno, ni condicion.*

82 ¶ Que suena, no a cōservar, sino à anular lo hecho en su contrauencion, ad text. *in l. non dubium, C. de legib. l. iubemus, C. de Sacros. Eccles.* que es en lo que se fundaron Ayora, y los de su sentencia, y lo supone Dom. Molin. *libr. 2. cap. 12. num. 53.* ibi: *Cum enim in tertij prælegato, ex l. 27. Taur. parenti concessa sit facultas faciendi quascumque vocationes, ac substitutiones, dummodo prius teneatur vocare descendentes, & eis deficientibus transuersales, isque ordo adeo præcisè debeat obseruari, vt illud, quod in contrarium factum fuerit, nullum futurum sit: consequens est, vt eo ordine, tam in fœminis, quam in masculis præpostérato, maioratus substituere non posit.*

83 ¶ Por manera, que segun esta interpretacion, si los bienes de la mejora quedaron libres en don Gonçalo Pizarro, nieto de la Fundadora, que muriò sin succesion, justamente entrò en ellos don Iuan de Orellana Pizarro, como pariente mas cercano suyo, aunque fuessen adquiridos por cabeça de la dicha doña Mencia de Tapia, de quien deriua su cognacion la dicha D. Maria, madre de don Esteuan Nicolas.

84 ¶ Siquidem por la genalogia que ha dado, reduzida â el Arbol, estaua en segundo grado con el dicho Don Gonçalo, como hermano de Doña Estefania de Tapia, madre del susodicho,

chô, y la parte contraria estaua en setimo, con que siendo herencia fuera de hijos, de hermanos, se atiende solo a la proximidad del parentesco.

85 ¶ *L.2.ff.de legitim.hær.l.1.l.consanguineos, Auth. cessante, Auth.post fratres, C.eodem prin. Institut.de legitim.agnat.success.l.5.& 6.tit.13.part.6.l.10.tit.6.lib.3.for.*

86 ¶ Nullo habito discrimine agnationis, vel cognationis.*dict. Auth. cessante in fin. & Auth. de hær. abintest. venient.§.nullam, collation 9.l.fin.C.vnde legit.* Roxas *de success. cap.32.num.*8.

87 ¶ Licet, los bienes prouengan de parte del padre, ò madre, *Auth.post fratres la 2. C.de leg.hær.* Petr. de Bellapert. *in Auth.itaque, C.commun. de success.* 2. column. in medio, vers. *Sed quæritur, dict.l.6.tit.13.part.6* ibi: *E sobre todo dezimos, que si alguno muriesse sin testamento, que non obiesse parientes de los que suben, ò descienden por la linea derecha, nin obiesse hermano, nin sobrino, fijo de su hermano, que destos adelante, el pariente que fuere fallado, que es mas cercano del defunto fasta el deceno grado, esse heredara todos sus bienes*, vbi Gregor. *glos.*1 Dom.Couarr. *in epitome success.num.*8.vers. *Tertio est animaduertẽdum;* Anton.Gomez *in l.8.Taur.num.*8.& eius Addit. Matienç. *in l.5.tit.8.lib.5.glos.*1 *.num.*12.& sic por esta excepcion queda tambien excluydo el intento de doña Maria de Tapia.

QVARTA EXCEPCION.

88 ¶ Opone asimismo don Iuan de Orellana Pizarro, que la *l.27.de Toro,* de cuya decision vnicamente se vale la otra parte, sin tener otro medio a que poder arrimarse: trata solo de la mejora del *Tercio,* ibi: *Quando los padres mejoraren en el tercio de sus bienes.* Et postea: *E que de otra manera no puedan poner grauamen en el dicho tercio,* sin passar â mas.

89 ¶ Y que en este vinculo no solo comprehendiô doña Mencia de Tapia el tercio de sus bienes; pero el *quinto* tambien: y lo que mas es, la legitima, que por cabeça suya perteneciò a don Iuan de Orellana su hijo, primero llamado, como se ajusta de la clausula, illic: *El qual dicho tercio, è quinto de mejora, y mas la legitima que cupiere al dicho Iuan Pizarro mi hijo, lo aya en la ierua de Serrezuela que yo tengo, y truxe en dote, q̃ està en termino de esta ciudad, è todo ello sea vinculado, segun, è como lo demas que dicho tengo,* supr.num.3.

90 ¶ De cuyo verdadero hecho resulta, que pues la ley diò forma en quanto al *Tercio*, tantummodo, nullatenus quedô sujeto a ella la parte de bienes que cupiessen en el *Quinto*, de lo

qual

qual pudo disponer la susodicha â fauór de parientes, ô estraños, despues de sus descendientes, como le pareciesse, sin obligacion de guardarla.

91 ¶ Sic en el mesmo punto lo resuelven Auendañ. *in dict. l. 27. Taur. glos. 1. numer. 7.* Gom. Arias *in dict. l. numer.* 18. Tello Fernandez *ibidem num.* 3. Angul. *de mejoras, in l.* 11. *glos.* 1. *num.* 2. *& glos.* 4. *numer.* 14. Matienç. *in dict. l.* 11. *glos.* 2. *& glos.* 12. Gutierr. 3. *pract. quæst.* 52. *num.* 12. Dom. Castill. *lib.* 5. *cap.* 100. *num.* 12.

92 ¶ Y lo mesmo procede en la legitima de don Iuan Pizarro, primero llamado, *assignada tambien en esta dehesa,* pues, sin su expreso consentimiento no se la pudo vincular doña Mēcia su madre, antes ipso iure quedò resuelto el grauamē puesto en ella, *l. scimus* 36. *l. quoniam in prioribus, l. si quādo, §. generalitèr, C. de inoffic. testam. l.* 9. *l.* 11. *l.* 17. *tit.* 1. *part.* 6. Ant. Gom. 1. *variar. cap.* 11. *n.* 25. vers. *Imò etiam si filius fecerit,* Merlino *de legitima, lib.* 3. *tit.* 2. *quæst.* 7. *nu.* 26. Dom. Molin. *libr.* 2. *cap.* 11. *n.* 7. vbi Add. *in fin.* Dom. Salg. *in labyrint.* 2. *part. cap.* 16. *n.* 17.

93 ¶ Con que auiendo muerto sin tomar estado el don Iuan antes que Fernando de Orellana su padre, vino este a ser su heredero forçoso en dicha legitima, *l.* 3. *C. de bon. qua liber. l. fin.* vers. *Sin verò defuncta, C. ad Tertull, Auth. defuncto, C. eodem tit. Auth. in successione, C. de suis, & legit. liber. Auth. de hæred. abint. venient. §. si igitur defunctus, collat.* 9. *l.* 4. *tit.* 23. *part.* 6. *l.* 6. *Taur.* vbi Anton. Gom. *num,* 2. Auend. *glos.* 4. *nu.* 6. Matienç. *in l.* 1. *tit.* 8. *glos.* 3. *num.* 5. *cum seqq.* Et per consequens, se halla sin accion para ella don Esteuan Nicolas.

94 ¶ Y si por parte deste se pretendiere fingir vn hecho imaginario, y (de que no consta) scilicet, que consintiò el grauamen de vinculo el dicho don Iuan, primero llamado despues de la muerte de su madre, aduc por ser ya suya la legitima, se abrâ de tener, y juzgar la fundacion propria del susodicho, y no de doña Mencia, como se induze, ex *l. in ædibus, §. filius familias* 2. *ff. de donat.* illic: *Per inde est, ac si pater ipse donauerit, l. cū quis* 126. *ff. de reg. iur.* Dom. Molin. *de primog. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 23. *in fin.* Gamin. *decis.* 218. *num.* 4. ibi: *Et sic dicebam hunc Smeragdum Iuniorem, & fratrem eius ratione consensus fundatores esse maioratus. Qui enim consentit, videtur constituere:* & ibi Flores de Mena *num.* 4. vers. *Tertius est.*

95 ¶ Add. ad Dom. Molin. *lib.* 2. *cap.* 3. *numer.* 7. *in fin.* ibi: *Secundum quod, filius consentiēs patri facienti maioratu ex legitima, dicitur ipse filius facere.* Noguer. *alleg.* 19. *à numer.* 68. *&* 72.

& 72. Dom. Salgad. *in labyrint. credit. 2. part. cap.* 16. *à nu.* 85. præcepuè, *numer.* 87. ibi: *Grauamini consentiens verè censetur maioratum facere: cum iam de suo patrimonio filius ipse disponere intelligatur, post quam ius habuit perfectum, & radicatum in bonis legitimæ, vt sæpius diximus.*

96 ¶ Et sic, pues se halla con llamamiento expresso, y literal esta parte, como sucessor del vinculo de Fernando Pizarro, y ademas con la asistencia de la ley, que no prohibe en el quinto, ni legitima su prelacion, habet intentum ratione voluntatis, & potestatis para excluir a don Esteuan, a quien estas dos circunstancias resisten, *l. Panphilo, in princ. de leg. 3. l. contra voluntatem, C. de manum. testam. l. illis diuersis in fin. de condit. & demonst. l. apud Celsum, §. præterea, ff. de doli except.* Dom. Molin. *libr. 1. cap. 4. num. 5.* Mier. *de maiorat. part. 4. quæst. 29. numer. 12. & 13.*

OPOSICION DE DON ESTEVAN.

97 ¶ Et licet, a estos derechos *del quinto, y legitima* se procura satisfacer de contrario con lo alegado, y autoriçado en su tercer fundamento de que nos opusimos, ratione *vnionis*, accessorij, *& maioris portionis, & magis dignæ, supr. numer.* 21. Respondemos a él, y a los DD. contrarios, multiplicitèr, & concludentèr.

98 ¶ Tûm, *RATIONE VNIONIS, ET CONEXIONIS*, porque licet la *l.* 27. dà forma en el *TERCIO:* a esto solo se pudiera dirigir la accion contraria, y limitar su intento (quando esta parte no se hallara con tantos fundamentos para excluirle) no empero, extenderla à lo demas en que està resistiendole la voluntad en fuerça, de la qual lleuará el quinto, y legitima el que la tuviere, sin embargo de la vnion, *l. mater decedens, ff. de inoffic. testam. l. qui duobus* 23. *l. multa, §. si seruus, l. Plautius,* vers. *Item scinditur, ff. de condit. & demonstr. l. inter omnes, C. famil. herciscundæ.*

99 ¶ Y mejor texto la *l. sancimus* 34. *C. de donat.* donde prohibiendose las donaciones que excedieron a los quinientos sueldos sin la solemnidad de la insinuacion, si con efeto se hizieren, quedaran firmes en lo que permite la ley, y anuladas, y resueltas en el excesso, ibi: *Si quid autem supra legitimam defensionem fuerit donatum, hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam verò quantitatem, quæ intra legis terminos constituta est, in suo robore permanere.* Cōsonat *l. 9. tit. 4. part. 5.* ibi: *Mas si quisiere fazer mayor donacion de lo que està sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado de mas non valdria.*

 Dedu-

100 ¶ Deduciturque ex *Auth. hoc amplius, C. de fideicomm.* ibi: *Hoc amplius, qui defuncti iudicium non implet, excluditur eo, quod præter debitum naturale percepit ex eodem iudicio.*

101 ¶ Y quedando el excesso de quinto, y legitima vinculado, sucederà en todo el llamado a êl, *Auth. ex causa, C. de liber. præter.* vbi Alex. *num.* 8. Bald. *num.* 48. Greg. Lop. *in l. fin. tit.* 8. *part.* 6. glos. verb. *mandas*, ibi: *Et dic, quod filius habebit legitimam, & reliquum, vigore fideicommissi restituet.*

102 ¶ Et in casu probatur ex *l. scimus, §. cum autem, & §. sancimus, C. de inoffic. testam.* Donde auiendo el padre grauado a el hijo en toda la herencia, en que iua embeuida su legitima deuida por derecho, decide, que en esta se repelera el grauamen, quedãdo firme en lo demas a fauor del sustituto, *dict. §. sancimus*, ibi: *Reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restituet, quando testator disposuit. Sic etenim filius habebit suam portionem integram, & qualem leges, & nostra constitutio definiuit: & scriptus hæres commodum, quod ei testator relinquit, cum legitimo moderamine sentiet.*

103 ¶ Per quæ iura tenent firmitèr hanc sententiam en fundacion de mayorazgos, Roder. Suar. *in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. ampliat.* 6. Dom. Molin. *libr.* 2. *cap.* 1. *num.* 29. ibi: *Imò hoc non obstante, grauamen ipsum ex legitima filij reijcietur, in eo tamen, quod vltra legitimam relictum fuerit, validum erit* Burg. de Paz *quæst. ciuil.* 1. *numer.* 9. Alvar. *de coniect. lib.* 2. *cap.* 2. *§.* 1. *sub num.* 101. *in* vers. *Hac tamen conditio, & num.* 102. *in fin.* Ceuall. *comun. quæst.* 711. *num.* 7. Angul. *in l.* 11. *glos.* 3. *num.* 4. Roxas *de succes. cap.* 7. *a n.* 35. *vsque ad* 39.

104 ¶ Tûm, porque el auer vnido, y juntado doña Mẽcia el tercio, con el quinto, y legitima de su hijo D. Iuan fue a causa de que despues de sus descendientes se agregasse a el vinculo de Hernando de Orellana su marido. Verûm tratando oy de impugnarlos doña Maria de Tapia, y de introduzir el suyo, ex legis prouidẽtia, & forma limitada à solo el tercio, nullatenus podrà ratione vnionis suceder en lo demas, siquidem le resiste la mesma disposicion, y juyzio de la Fundadora.

105 ¶ *L. qui liberis* 8. *§. hæc verba de vulg.* ibi: *Hæc verba, quisquis mihi hæres erit, idem impuberi filio hæres esto, hunc habent sensum, vt non omnis, qui patri hæres extitit, sed is, qui ex testamẽto hæres extitit, substitutus videatur, & ideò, neque pater, qui per filium, neque dominus, qui per seruum extitit, ad substitutionem admittetur, neque hæredis hæres.*

Ad-

106 ¶ Aduirtiendo, que este texto habla en vnion, ibi: *Quisqui mihi hæres erit, idem impuberi filio hæres esto*, & nihilominus, no será admitido el que contra, vel præter testatoris volũtatem sucediere en la otra herencia, aunque sea por llamamiento legal.

107 ¶ Facit etiam, *l. mulieri, & Titio, ff. de condit. & demonst.* donde auiendo el testador dexado a su muger, y Ticio el vsufructo, si ella no se casare, adhuc si matrimonium coiret, percibirà su parte la muger, iuris ministerio, por ser torpe la condicion, quæ reijcitur; y aunque Ticio repudiò la suya, esta no se le acresciò por resistirle la volũtad del marido, aunque desde el principio ambas fueron juntas, y vnidas.

108 ¶ Explicalo assi la glos. verb. *proderit*, ibi: *Quasi suam partem magis per legen, quam per testatorem habeat*, Bart. *in summ. dict. l. mulieri*, ibi: *Qui admittitur ad legatum de iure speciali contra voluntatem defuncti, non habet ius accrescendi.*

109 ¶ Y el derecho que el colegatario habet per ius accrescendi, es el mismo que se causa por razon de la vnion, sicuti explicat Bal. *in l. vnica, §. in primo, C. de caduc. toll. nu.* 16. illic; *Item extra quæro, quæ fuit ratio inductiua iuris accrescendi? Respondeo, vnio, item sicuti naturalitèr euenit, quod si vnius oculi pupilla clauditur, alterius oculi pupilla dilatatur; ita quãdo deficit vnus coniunctorum, alter locupletatur, & hoc propter colligentiam: quia cortina, cortinam trahit.*

110 ¶ Con que tambien resulta desvanecido este fundamento, *ratione vnionis*, por solo el qual se moviò Mieres 34. *quæst.* 8. *num.* 17. a lo contrario, vno verbo, sin discurrir, ni disputar el punto.

111 ¶ Etiam ratione *accessorij*, quod debeat principale sequi, *l. 1. ff. de priuil. credit. l. fi. C. de ordin. cog. l. si per minorem* 14. *ff. de iudic.* & in punto Dom. Castill. *dict. cap.* 100. *nu.* 13. *& cap.* 128. *num.* 20. que tampoco haze fuerça, ni obsta.

112 ¶ Tùm, porque solo tendrá lugar este biocardico general, quando no concurriere diuersa, y contraria razon en el principal, que en lo accessorio, como se halla en nuestra especie, donde en el *Tercio* procura don Esteuan entrar, legis ministerio, y para lo demas le resiste la voluntad, y entonces cessa dicha regla, *l. si fundum, §. 1. ff. pro emptore, l. & si is, C. de prædijs minor.* Bald. *in l. non dubium*, vers. *Ideò responde, C. de legib.* Alex. *cons.* 4. *nu.* 4. *volum.* 1. ibi: *Quia accessorium non sequitur naturam sui principalis, quando in accessorio non est eadem ratio, quæ in principali*, Surd. *decis.* 17. *nu.* 11. ibi: *Quia vbi diuersa ratio militat*

litat accessorium non sequitur naturam sui principalis, Tiraq. *de retract. lign.* §. 1. *glos.* 18. *num.* 59. Menoch. *cons.* 26. *n.* 34. *lib.* 1.

113 ¶ Tùm, porque en terminos de nueua agregacion, y vnion de bienes a mayorazgo antiguo. La distincion cierta, y obseruada, viene a ser, que si lo que se manda vnir se dexa simplicitèr, & absque conditione, sigue la primeua naturaleça de lo principal a que se vne, & censetur vterque, vnus solus maioratus, *l. si inter virum, ff. de pact. dotal. l. etiam, C. de iur. dot.* Glos. *in cap.* 1. verb. *vniendo, ne sede bacante, cap. relatores de statu Monach.* Tiber. Decian. *respons.* 123. *num.* 70. *libr.* 3. Pereg. *de fideicomm. art.* 16. *num.* 114. Mier. *de maior.* 2. *part. quæst.* 5. *à nu.* 13. Dom. Castill. *lib.* 3. *cap.* 10. *à num.* 9. Add. ad Dom. Molin. *libr.* 1. *cap.* 8. *à numer.* 35.

114 ¶ At verò, si lo que se agrega tiene diuersos llamamientos, y contrarios a los que se hallan en el mayorazgo principal: tunc, sin embargo de lo indiuiduo, è inseparable dêl, por la sugeta materia de vinculo, erit diuisio facienda, y en el antiguo sucederà êl a quien por su fundacion toca: y en lo agregado el que tuviere a su fauor la voluntad del que lo vniò.

115 ¶ Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 35. & 36. Flores de Mena ad Gamm. *decis.* 263. Pater Molin. *disput.* 617. *num.* 8. *tom.* 3. Dom. Castill. *cap.* 10. *numer.* 17. vers. *In tertio casu, lib.* 3. Add. ad Dom. Molin. *dict. cap.* 8. *num.* 35. vers. *Fin.* ibi: *Tertius casus, & vltimus est, quando possessor maioratus ipsis bonis liberis, quæ vniuntur, nouas conditiones addidit, ac leges antiquis contrarias, ita repugnantes, quod minimè compatiuntur; tunc verò diuisio prædiorum maioratuum sequeretur.*

116 ¶ Et sic Angulo, por algunos de los fundamentos huiuscunque ponderados, quando la disposicion es solo del tercio, y quinto, que se deua en quanto a este guardar la voluntad, y suceder en el tercio los llamados por la ley, lo resuelve *in dict. l.* 11. *glos.* 4. *num.* 13. & 14. in hæc verba: *Sed videamus, vtrum vocationes testatoris contrariæ ordini huius legis debeant in totum vitiari, vel ad ordinem legis reduci; & cuidem, si vinculum fuerit ex tertio, & quinto, quoad quintum attinet, omnino seruabitur dispositio testatoris, etiam contraria huic textui, cum is non procedat in quinto, quod omnino liberum est.*

117 ¶ Neque ratione maioris PORTIONIS, & *dignioris*, que es lo que moviò a el señor don Iuan del Castill. *dict. cap.* 100. *num.* 18. quem sequntur Noguer. *alleg.* 25. *à num.* 111. & Dom. Salg. *in labyrint.* 1. *part. cap.* 4. *n.* 17. *in fin. de quib⁹ supr. numer.* 22. Porque ajustandolo a nuestro caso, se hallarâ ser el fun-

el fundamento mas vrgente a fauor de esta parte

118 ¶ Lo vno, porque siendo la fundacion, no solo del TERCIO, y quinto; pero tambien *de la legitima* del dicho Don Iuan; que se juntò, y asignô en la renta desta dehesa de la Serrezuela, supr. *numer.* 3. nihil dubij, conforme la pretension de Don Esteuan huviesse de conservarse vinculado todo, mayor, y mas principal porcion viene a ser la legitima, que nò el tercio, para lleuar siempre tras si la minima del quinto; ratione dignioris, & principalioris.

119 ¶ Ad text. *in l.* 1. *ff. de priuileg. cred. l. fin. C. de ordin. cogn.* ibi: *Quod vtpote maius merito minori præfertur, l. per minorem* 54. *ff. de iudic.* vbi Castrens. ibi: *Maior enim quæstio minorem causam ad se trahit*, in casu Dom. Molin. *libr.* 1. *cap.* 9. *num.* 21. Dom. Castill. *dict. cap.* 100. *lib.* 5. *numer.* 18. ibi: *Nam cum vinculum ex tertio, & quinto bonorum simul instituitur, considerabilis magis, & principalior pars reputatur tertium, dignior etiam, & potentior, vt ad se trahat quintum, & efficiat, quod eisdem legibus gubernetur, quibus tertium ipsum, ex dict. l.* 27. *Taur. gubernatur, quintum autem minus principalis pars est, & velut accessoria tertij; in quo contineri scripsit Gutierr.* 3. *pract. quæst.* 57. *num.* 4. *ac ita assumit naturam sui principalis, tertij scilicet, & mutat suam; & regulatur secundum illud, & idem censeatur, quod de tertio.*

120 ¶ Por manera, que segun las circunstancias de el hecho puntual de nuestro pleyto, no se hallarà Doctor, que ajustandose a êl resulte contrario a la defensa de don Iuan Pizarro, ni lo es Dom. Perez de Lar. *de vit. homin. cap.* 30. *numer.* 121. vers. *Sed licet*, antes en el punto de estar hecha la mejora de solo el tercio, y quinto, y no con la legitima se sujetò à las razones prudenciales, y congecturas de voluntad del Fundador, que se descubrian para que se obseruen, illic: *Vbicumque vrgat maior ratio in contrarium, quæ prudentem iudicem mouere posset, ad credendum disponentem potius voluisse facere vocato, quam vnitati maioratus.*

121 ¶ Lo otro, & quod notatu dignissimum est, que aun se podrà con mucha justificacion dezir, que pues doña Mencia vinculò, no solo el tercio, en que el derecho le permite hazer mejora; pero excediò, vinculando tambien el quinto, y la legitima de don Iuan su hijo, vniendolo, y haziendo vn cuerpo de todo, ex clausula supr. *num.* 3. eo ipso, que no pudo, ni consistiô el grauamen en ella, quod ipso iure fuit reiectum, ex congestis sup. *num.* 92. Lo proprio se deue considerar del tercio y quinto, para

que

que resultasse libre todo, *l. scimus, § cum autem, C. de inoffic. testam. l. 11. tit. 4. part. 6.*

122 ¶ Y en su explicacion assi el señor Don Luys de Molina, por nueua advertencia à la ley 27. de Toro *lib. 2. cap. 2. nu. 36.* in hæc aurea verba: *Ex qua lege Partitarum sic intellecta inferri poterit nouus, ac subtilis intellectus ad l. 27. Tauri, quæ est dict. l. 11. tit. 6. lib. 5. in noua ll. Regni collectione. Nam quamuis in ea cautum sit, parentum posse filijs, ac descendentibus, certo ordine obseruato, in tertio, & quinto bonorum suorum portione, quæcumque grauamina, & conditiones apponere, id intelligendum erit: dummodo eas conditiones: si casuales, aut mixtæ sint in solo tertio, & quinto specificè, ac separatim apponat. Si enim in omnibus, bonis suis, seu in legitima, ac tertio, & quinto simul filium hæredem sub his conditionibus instituerit: nedum ex legitima, sed etiam ex tertio, & quinto reiicientur, ex dict. l. Partitarum decisione. Ideoque pater volens filijs in tertia, & quinta bonorum suorum parte huiusmodi conditiones apponere: id specificè, ac separatim in tertia, & quinta parte facere debet: ne filij ex decisione dict. l. Partitarum: tam legitimam, quam residuum liberè consequantur.* Azeued. *in l. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. num.* 17. illum referens.

123 ¶ Lo tercero, y en lo que no puede auer linage de duda, ni mouidose pleyto, es, en la legitima de don Iuan Pizarro, primero llamado, incorporada en esta fundacion, y dehesa de Serrezuela, ex clausula supr. *num.* 3. sobre que no puso la demanda don Miguel de Eraso, antes la limitò a la mejora de tercio y quinto, vt videre est Roll. fol. 5. Y en sus excepciones don Iuan Pizarro con distincion satisfizo a ella: y en particular dixo: *Se auia fundado de las legitimas de don Iuan, y su hermana doña Estefania*; en que no hablaua la ley de Toro, &c. Roll. fol. 33.

QVINTA EXCEPCION.

124 ¶ Bien nos pudieramos assegurar determinacion fauorable, con los muchos, y vrgentes fundamentos, que estan ponderados en las antecedentes. Pero añadimos la vltima excepcion, que por si sola lo absorve todo, y excluye totalmente el intento contrario, y servirà de responder a el particular de la demanda, en que dize: *Que don Iuan de Orellana no tenia parentesco con la Fundadora en grado alguno.* Y la reduzimos a tres vrgentissimos medios.

125 ¶ El primero consiste en verificar, que dicho Don Iuan de Orellana Pizarro, Reo convenido, era pariente en grado conocido de doña Mencia de Orellana, Fundadora.

Por-

126 ¶ Porque tiene articulado ser hijo legitimo *de Fernando de Orellana*, y de doña Francisca Pizarro su segunda muger, y nieto de *doña Estefania de Tapia, y de Iuan Pizarro de Orellana* su marido, Fundador del mayorazgo, *a que se agregò el sobre que se litiga*, y bisnieto de *Iuan Pizarro el Gordo, y de doña Iuana de Hinojosa, casa* 8. del arbol, que el Relator ha hecho, y ajustado con las partes, y tercero nieto de *Alonso Pizarro, y de Maria Gil de Aguilar, casa* 5. y quarto nieto de *Estefania de Tapia, y de Iuan Pizarro el viejo* su marido, casa 2. y quinto nieto de *Alfon Garcia de Tapia*, y de *Teresa Gonçalez*, casa 1. los quales tuvieron (ademas de la dicha Estefania de Tapia, quarta abuela de don Iuan) por sus hijos legitimos a *Francisco de Tapia*, casa 3. *visabuelo de doña Mencia de Tapia y Orellana, Fundadora*, y a *Ynes de Tapia*, casa 4. tercera abuela de *don Gabriel Pizarro*, Inquisidor que fue de Granada, casa 23.

127 ¶ Y lo ha prouado assi con testigos de vista, hasta los abuelos que los conocieron, que es el medio mas cōcluyente, *l. filium eum, ff. de his qui sunt sui. Auth. de testibus, §. licet*, ibi: *Aut etiam causam testimonij faciant manifestam*, Bal. *in cap. cum causam, nu.* 16. *de testibus*, ibi: *Quod qui deposuit de visu, non est vlterius interrogandus de causa scientia, quia sufficit.*

128 ¶ Como para en quanto a los demas ascendientes, y enlaçamiento del parentesco, segun el Arbol, por ser de hecho, que excede de cien años que se considera por antiguo, *l. an vsusfructus* 56. *ff. de vsufruct. l. cum aliquis*, vbi DD. *C. de iur. deliber.* Villalob. *in suis commun. litter. A. numer.* 106. *& litter. F. num.* 8. Auend. *de exequend.* 1. *part. cap.* 6. *num.* 6. Dom. Couarr. *pract. cap.* 21. *numer.* 5. *&* 7. Garc. *de nobilit. glos.* 37. vers. *Alibi dicitur*, Gutierr. *cons.* 1. *num.* 5. Ceuall. *quæst.* 302. *num.* 9. Mier. 1. *part. quæst.* 5. *num.* 13. Farinac. *quæst.* 69. *numer.* 142. Garc. *de benef. part.* 12. *cap.* 2. *numer.* 263. Dom. Castill. *tom.* 6. *cap.* 122. *num.* 25. Escob. *de purit.* 1. *part. quæst.* 2. §. 2. *num.* 15. Noguer. *allegat.* 25. *num.* 277.

129 ¶ Con doze de oidas à Autores que refieren, quod sufficiens, & concludens est in iure, *l. si arbiter, ff. de probat. l.* 2. *§. idem labeo, ff. de à qua plub. arcend. capit. tua de affinitate, & consaguin. cap. parentela* 35. *quæst.* 6. ibi: *Et ipsi dicunt rei veritatem, audiuisse à maioribus suis, cap. per tuas de probat.* verb. *communitèr, cap. transmissæ, qui filij sint legit.* vbi glos. verb. *Abisinia, cap. licet ex quadam de testib.* Aretin. *cons.* 37. *nu.* 2. Farin. *quæst.* 69. *cap.* 2. *num.* 121. Crauet. *de antiquit. §. viso de fama, num.* 30. Nicol. Garc. *de benef.* 7. *part. cap.* 15. *num.* 35. Dom. Pe-

rez

rez de Lara *de capel. lib. 2. cap. 4. num. 11.* ibi: *In ijs sufficit probatio de auditu, qua in antiquijs ad generis probationem admittitur, etiam quod testes sint, de auditu puro, neque reddant rationem, neque dicant, à quibus audiere.*

130 ¶ Et ex sola fama, por lo fere impossible de la sugeta materia de filiació, con el requisito de la antiguedad, *l. Lutius, ff. de condit. & demonstr. & dict. l. filium eum, ff. de his qui sunt sui, vel alien. iur.* Menoch. *de arbitr. casu 89. nu. 1.* Butr. *in dict. cap. transmissæ, qui filij sint legit. num. 2.* Alex. *cons. 90. numer. 8. lib. 6.* Marsc. *concl. 749. nu. 21.* Marescot. 1. *variar. cap. 70. n. 4.* Cephal. *cons. 137. num. 45.* ibi: *In antiquijs, omnis cessat dificultas, in quibus parentela, filiatio, & descendentia potest probari per solam famam, seu per testes de auditu,* Azeued. *cons. 24. n. 66.* Mier. 1. *part. quæst. 71. num. 91.* Caued. *decis. 77. num. 13. part. 2.* Fauio de Ann. *cons. 88. & cons. 110. num. 50.* D. Francisc. Ger. de Leon *decis. 3. num. 4. vsque ad fin. tom. 3.*

131 ¶ Verùm concluyendo lo vno, y otro, como lo hazen en sus dichos, nulla est dubitatio, stante iam, *l. nostra Regia 8. tit. 11. lib. 2. Recopilat.* ibi: *Pero si el abuelo huviesse sido tan antiguo, que los testigos no lo pudieron conocer, que a lo menos depongan de el de oìdas, y fama publica de lo susodicho, y que quanto a el abuelo esta deposicion sea auida por deposicion bastante.* Gregor. Lop. *in l. 20. tit. 9. part. 4. glos. 1. ad fin.* Dom. Couarr. *pract. cap. 21. num. 7.* Dom. Valenç. *cons. 90. numer. 177.* Dom. Perez de Lara *dict. cap. 4. lib. 2. num. 11.* Dom. Castill. *libr. 5. cap. 122. à num. 28.*

132 ¶ Sin que pueda ser de embaraço el advertir, que parece dificultosissimo de creer tuviessen noticia de tãtas personas, como refieren los testigos, hasta el quinto abuelo. Porque el derecho no tiene por impossible la verificacion de grados de parentesco, aun mas remotos que este, antes admite su prouança, ad textum *in l. non facile, ff. de gradib.* donde auiendo las leyes antecedentes numerado hasta el septimo grado, en los vlteriores arriba del no dize que sea impossible; no, si no, que no cõ facilidad se disciernen, illic: *Quod non facilè discernuntur*, deducitur etiam ex *dict. cap. licet ex quadam de testib. & l. 21. tit. 21. part. 2.* Aretin. *dict. cons. 37. num. 1.* Put. *decis. 77. à num. 1.* Rota *diuers. decis. 357. num. 8.* Gratian. *cap. 969. num. 5.* Garcia *de nobilit. glos. 18. num. 3. & 4.*

133 ¶ Fuera de que basta la possibilidad en el testiga para quedar ileso su credito, *cap. cum tu,* vbi DD. *de testib.* Bald. *in l. fin. C. de fid. instrum. num. 2.* Bertaz. *cons. 8. num. 13.* Riminald.

cons.

*conſ.*145.*num.*25.Iul.Clar.*in prax.§.falſum,* verb.*ſi eſt tamen,* Farinac.*quæſt.*47.*n.*105.Petr.*de fideicomm.quæſt.*12.*n.*1010.

134 ¶ Pues no es de preſumir, que ninguno con juramento depuſiera lo que no auia oído a los Autores que nombra; *l. ob carmen,§.ſi teſtes,ff.de teſtibus,* ibi: *Gratiæ ſuſpitione caret.* Menoch.*de arbitr.caſu* 435.*nu.*7. ibi: *Præſumendum non eſſe, quod teſtis dicat ſe audiuiſſe, quando non audiuit, cum nemo præſumatur immemor ſalutis æternæ.*

135 ¶ Con inſtrumentos tambien ſe ha prouado eſta meſma aſcendencia, pues ſe han preſentado los ſiguientes.

136 ¶ Eſcritura de particion, ſu fecha en 3. de Otubre de 560. entre *Alonſo Pizarro,* caſa 12. y *doña Eſtefania de Tapia* ſu hermana, caſa 13. como hijos, y herederos de *Iuan Pizarro el viejo,* y de *doña Iuana de Hinojoſa* ſu muger, padres de los ſuſodichos, caſa 8. con *Iuan Pizarro de Aragon* ſu ſobrino, caſa 18. hijo de *Sancho Pizarro*, caſa 11. y nieto de los dichos Iuan Pizarro el gordo, y de doña Iuana de Hinojoſa.

137 ¶ Medio legitimo, y concluyente para calificar dichas perſonas, *l. quidam* 15.*ff. de probat.* Abb. *in capit. per tuas, eodem tit.* & in terminis diuiſionis inter fratres Natta *conſ.* 56. *num.*14. Petra *de fideicomm.quæſt.*11. *à nu.* 624. vbi concludit ſic: *Quod ſi in inſtrumento diuiſionis, aliquis nominet eum, cum quo diuidit filium talis, vel conſanguineum ſuum, probatur inter eos parentela.* Et cum Fabio de Ann.*conſ.*88. & alijs Hodiern. *in addit.* ad Surd.*deciſ.*45.*num.*1.

138 ¶ Item, otra otorgada año de 507. por *Alonſo Pizarro,* caſa 5. en que refiriendo ſer *hijo de Iuan Pizarro el viejo* (marido que fue de *Eſtefania de Tapia,* caſa 2.) en que tratando de caſar al dicho *Iuan Pizarro* ſu hijo con la dicha *doña Iuana de Hinojoſa,* caſa 8. le mejorò en el tercio, y quinto de ſus bienes.

139 ¶ Tambien la eſcritura de que ſe valiô, y preſentô el ſeñor don Luys de Tapia y Paredes, en el pleyto del mayorazgo que vacò por el Inquiſidor don Gabriel Pizarro, y venciò en tenuta, otorgada entre *Franciſco de Tapia,* caſa 3. è *Ynes de Tapia* ſu hermana, caſa 4. refiriẽdo ſer hijos de *Alfon Garcia de Tapia,* caſa 1. ſobre permuta de ciertos bienes.

140 ¶ Por cuyas enunciaciones, tam ratione antiquitatis, quam filiationis parentela probatur, Bald.*in l. neque natales, in princ. C.de probat.* Salic.*in l. etiam, num.*1.*ff.eodem,* Alex.*conſ.* 90.*num.*11.*volum.*6. Natta 283.*num.*8.*vol.*2. Burſat.151.*nu.* 38.*lib.*2. Siluan.57.*nu.*7. Crauet.*de antiquit.part.*1.§. *ampliatur, numer.* 12. Achil.de Graſ.*deciſ.*5.*de iur.patron.* Raudenſ.*de*

*analog.cap.*24.*nu.*61.Genua *de verb.enuntiat.lib.*2.*quæst.* 33. *n.*13.Mascar.*concl.*106.*nu.*11.Ant.Fab.*difinit.*28.*C. de probat.*

141 ¶ Anton.Pereg.*de fideicomm.art.*43.*num.* 83.ibi: *Verùm in antiquis instrumenta, in quibus reperitur facta mentio enuntiatiuè de Titio filio Sempronij, probant etiam quoad alios*, & iterum, *num.*86.ibi: *Ideo per testamentum in antiquis, in quo fiat mentio, quem esse de aliqua familia, eius rei veritas probatur.*

142 ¶ Trentac.1.*var.tit.de verb.sign.resolut.*2.*n.*83. illic: *Primo declaratur, non procedere in antiquis, quorum probatio est difficilis, non solum propter ipsam antiquitatem, & lapsum temporis, sed etiam propter qualitatem ipsius facti, puta in filiatione, cuius probatio est difficilis, & ideo filiatio plenè probatur per verba enuntiatiua in antiquis.*

143 ¶ Dom.Castill.*lib.*5.*cap.*123.*ex num.*7.Dom.Solorç.*lib.*1.*cap.*26.*num.*36.*vol.*2.ibi: *Quod adeo, verùm est, vt procedat etiam vbi talia antiqua instrumẽta, vel monumenta enuntiatiuè, & ad alium finem referant parentelam, consanguinitatem, vel nomina ascendentium.*

144 ¶ Vltimamente se presentò en dicho pleyto de tenuta, traslado autoriçado, y despues se ha traido a este la dispensacion original, que se despachò en 26. de Setiembre de 541. a el dicho *Alonso Pizarro*, casa 12. (que fue el que hizo la particion con doña Estefania su hermana, casa 13. abuela desta parte) para contraer matrimonio, por estar dentro del quarto grado de consaguinidad *con doña Teresa de Grado su muger*, padres del dicho Inquisidor *don Gabriel Pizarro*, casa 16. y 23. en que mencionan a sus padres, abuelos, y bisabuelos, conforme estan puestos en el Arbol: de forma, que vienen a ser descendientes comunes de los dichos *Alfon Garcia de Tapia*, *y Teresa Gonçales de Tapia y Baluerde* su muger, casa 1. y los autos, y diligencias que en su virtud se hizieron.

145 ¶ Papel por si solo concluyentissimo a demostrar el parentesco de las dos lineas; pues no solo contiene relacion enũciatiua dellas; pero afirmacion cierta, ê indubitable, nõ ad alium finem, sed principalitèr a prouarla para la validacion de aquel matrimonio, y legitimacion de la prole de los dos, a que se deue estar, sin disputa, ni linage de duda, ad text. *in cap. si Papa de priuileg.in*6.verss. *Si autem*, Paris. *cons.*77.*ex num.*30.*lib.* 1. Pereir. *de nominat.emphiteut.lib.*1.*quæst.*1.*num.*81. Dom.Castill. *lib.* 2.*cap.*26.*à n.*74.ibi: *Verba autem dispositiua illa sunt, quæ stant per se, & principalitèr enuntiant id, de quo agitur, per orationem perfectam*, vbi plures congerit.

Y por-

146 ¶ Y porque no falten los requisitos que pide la *l.* 1. *alias* 2. *C. de testib.* ibi: *Si tibi controuersia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis, & argumentis, quibus potest.* Tambien asisten a estas partes los adminiculos, y presunciones siguientes.

147 ¶ La primera, el auerse tratado, y comunicado por deudos, y descendientes de vn mismo tronco, y familia el señor don Luys de Tapia y Paredes, y conseruado correspondencia por cartas con don Iuan de Orellana Pizarro, abuelo desta parte, segun afirman los testigos, quod maximi momenti est, ad consanguinitatis demonstrationem, *l. quidam, ff. de probat. l.* 8. *ff. vnde cognat. l. de tutela, C. de in integr. restitut. l. filium, C. de liber. caus. cap. licet ex quadam de testib.* ibi: *Pro consanguineis se habere,* Bart. *in l. vbicumque, §. interdum, ff. de ventr. in poss. mit.* Castr. *in l. non epistolis, num.* 3. *C. de probat.* vbi Salicet. *n. fin.* Patian. *de probat. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 20. Menoch. *de arbitr. casu* 89. *num.* 82. Peregrin. *art.* 43. *à num.* 68. vers. *Sed contra,* Gratian. *cap.* 441. *num. fin.* Fab. de Anna *cons.* 110. *num.* 9. Franc. de Petris *cons.* 2. *n.* 14.

148 ¶ La segunda, el tener la Fundadora el renombre *de Orellana,* que es el mismo que tocaua à su marido, y tambien el de *Tapia,* comun a los dos, por *Estefania de Tapia,* y *Francisco de Tapia,* hermanos, sus ascendientes, ex cuius cognomine, identitas familiæ probatur, *l. cum pater, §. pater cum filia,* ibi: *In honorem nominis mei, l. cum ita, §. in fideicommisso,* illic: *Ex nomine defuncti fuit, l. cum precum, C. de liber. caus.* ibi: *Tamen nomini cognomen à quo liberi dumtaxat nuncupantur, addiderit.* Bart. *in l. si rem, num.* 1. *ff. de reiuind.* Aretin. *dict. cons.* 37. *num.* 3. Mandelo *cons.* 83. *numer.* 11. Cephal. *cons.* 90. *num.* 15. vers. *Quoniam vterque appellatur de Rocabruna,* Petra *de fidei commiss. quæst.* 11. *num.* 518. Menoch. *lib.* 6. *præsumpt.* 15. *n.* 48 & passim omnes.

149 ¶ A que se llega otro adminiculo, qual es, que la quarta abuela de esta parte se llamo *Estefania de Tapia,* y su sobrino, hijo de Frācisco su hermano, casa 3. tuvo el nombre de *Estevan,* casa 6. y se continuò en la abuela de esta parte, *doña Estefania,* casa 13. y en el padre de doña Maria, parte cōtraria, q̃ fue *D. Estevan,* casa 22. presuncion de que vnos, y otros descienden de los referidos, *l. vxorem* 29. ibi: *Nomine patris vocatus, vocitatus, ff. de manum. testam.* glos. verb. *non solum, in l. fin. §. pen. ad municip.* Mascard. *concl.* 789. *num.* 38. vers. *Nonus actus,* Petra *de fideicommiss. quæst.* 11. *num.* 437. Barb. *in* 1. *part. Rubr. ff. de*

solut.

*ſolut.matrimon.num.*22.Mieres 2.*part.quæſtion.7. num.* 85.

150 ¶ Concurren ſimiliter las prouanças que en el pleyto de tenuta hizieron don Iuan Pizarro de Aragon deſta miſma filiacion, y el ſeñor don Luys de Tapia y Paredes, ſobre el mayorazgo que fundò Ynes de Tapia, caſa 10. y vacò por muerte de dicho Inquiſidor don Gabriel Pizarro, caſa 23. de quien fue padre Alonſo Pizarro, el que casò con diſpenſacion, caſa 12. cuya determinacion ſaliò por el ſeñor don Luys: y aunque ſon prouanças de otro pleyto, y entre diuerſas perſonas, adhuc filiationem inducũt; Bart. *in l.admonendi, ff. de iur. iurand. num.* 3. Surd. *deciſ.* 103. *num.* 14. Rota apud Farin. *deciſ.* 335. *nu.* 3. *tom.* 2. Dom. Molin. *lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 5.

151 ¶ Et non eſt mirum, pues memoriales ſimples, partidas de libror particulares, y otras anotaciones en hecho antiguo la prueuan, Bald. *in l. neque natales, columm.* 1. *C. de probat.* Salicet. *in l.etiam. ff. eodem*, Pariſ. *conſ.* 10. *num.* 58. Albenſ. *conſ.* 83. *num.* 13. illic: *et non eſt dubium, quin tales libri, quinimò etiã ſimplicia memorialia cõferunt ad probãdam filiationem*, Peregr. *art.* 42. *n.* 86. ibi: *Rurſus ad probandam filiationem, & conſanguinitatem, conferunt memorialia, & notæ, quæ ſæpè reperiuntur, & tenentur in libris familiaribus.* Dom. Caſt. *lib.* 6. *cap.* 123 *n.* 10. ibi: *Rurſus, conſanguinitatem in antiquis probari, per memorialia, & per ſcripturas priuatas, quæ in libris familiaribus inueniuntur.*

152 ¶ Con que juntas depoſiciones de teſtigos con inſtrumenros, preſunciones, y adminiculos, que todos convienen, y conſpiran a vn propio intento, y fin, faciunt rem manifeſtam, *l. qui ſententiam, C. de pœnis*, ibi: *In vnum conſpirantes, concordantesque rei finem, cap. cum cauſam de probat*, vbi Bald. *num.* 1. Riminald. Iunior *conſ.* 7. *num.* 13. Cephal. *conſ.* 90. *num.* 21. Caued. *deciſ.* 73. *à num.* 13. *part.* 2. Gutierrez *lib.* 3. *pract. quæſt.* 12. *num.* 18. Fab. de Ann. *dict. conſ.* 88. *num.* 4. Franciſc. de Petris, *couſ.* 30. *num.* 20.

153 ¶ Maximè, quando contra dicha aſcendencia, que tambien verificò el ſeñor don Fernando Pizarro en eſte pleyto, ni ſe hizo articulo, ni prouança alguna por la otra parte, con que de neceſsidad ſe deue eſtar a ella, ſin quedar arbitrio a los ſeñores Iuezes para lo contrario, *cap. tertio loco, de probat.* ibi: *Sed quomodo contra hoc, nihil pars aduerſa probauit, reſpondemus, ſecundum aſſertionem teſtium, tantummodo iudicamus*, Gloſſ. *in capit.* 1. verbo, *Contra, de re iudic. lib.* 6. argum. *l. illicitas, §. veritas, ff. de offic. Præſid. cap. iudicantem* 30. *quæſt.* 1. *& cap.* 1. vbi Ioann.

Andræas

Andræas *in princ. de offic. ordin.* Maſcard. *de probat. q. 1. n. 21.*

154 ¶ In filiatione Bart. *in l. 1. num. 3. C. quorum bonor.* Alex. *conſ. 90. num. 7. vol. 6.* Alben. *conſ. 83. num. 25.* Pariſ. *conſ. 10. num. 69.* Surd. *conſ. 1. numer. 64.* Menoch. *de arbitr. caſu 89. num. 69.* Peregr. *art. 43. num. 68.* Garc. *de nobilit. gloſ. 20. nu. 7.* Et ſic non immoramur in re tan notoria. Y queda verificado ſer pariente de la Fundadora el dicho don Iuan de Orellana Pizarro.

155 ¶ *Segundo medio*: Eſte viene a ſer, que pues los dos eran parientes. Quando de neceſsidad la *ley 27. de Toro* obligaſſe a llamarlos antes que a los eſtraños (ſin embargo de lo que dexamos fundado en las excepciones antecedentes) pudo muy bien preferir a los que ſuccedieſſen en el mayorazgo que inſtituyô ſu ſuegro, que era ſu tio, en el grado que ſe ha moſtrado, aunque D. Maria de Tapia fueſſe mas cercana, *duplici cauſa.*

156 ¶ La vna, porque la ſuſodicha no era nacida â el tiẽpo deſta fundacion, ni muchos años deſpues, y aſsi quedò en quanto a ella libre de llamarla, que es otra explicacion, que muchos de nueſtro Reyno han dado a la *l. 27. de Toro*, como ſon Parlador en la *quæſt. 6.* que pone antes de las diferencias en el fin de ella, ibi: *Neque huic filiæ naturalæ proderit, ſi dixerit ſe ſubſtituendam fuiſſe ab auo, antea quam ſubſtituentur tranſuerſales, iuxta l. 27. Tauri. Nam ſubſtitutiones, quas lex illa facere iubet, intelligendæ ſunt de deſcendentibus, qui nati ſunt tempore, quo teſtamentum fit: nam, qui eo tempore nati, ac concepti non ſunt, non poſſunt teſtamentum impugnare, l. ſi quis filio exheredato, §. filio ff. de iniuſt. rupto.* Siguenlo Mier. *de maior. 2. part. quæſt. 6. nu. 110.* Azeued. *in l. 11. tit. 6. libr. 5. Recop. nu. 43.* & poſt illos Carrança *de partu, cap. 2. §. 4. num. 55.*

157 ¶ La otra, y principal, porque dicha *ley 27.* lo que diſpone es, que la mejora del *Tercio* a falta de los deſcendientes, y aſcendiẽtes, *puedan* hazerla los padres entre SVS PARIENTES, ſin limitarles la voluntad, a que ſea el mas cercano, ſi no antes cõ facultad abſoluta de elegir entre ellos a el que quiſieren, ibi: *Entre ſus parientes*; con que pudo muy bien doña Mencia nombrar deſpues de ſus hijos a los ſucceſſores en el mayorazgo de ſu marido por ſus parientes, aunque fueſſen mas remotos que doña Maria de Tapia.

158 ¶ Ad text. *in l. filius familias 117. §. cum pater filio, in fin.* ibi: *Verùm eſt enim in familia reliquiſſe, licet vni reliquiſſet, ff. de leg. 1. l. vnũ ex familia 69. §. ſi de falcidia, ff. de leg. 2.* illic: *Eodem, vel diſpari gradu; ſatis enim erit vni reliquiſſe, nam poſt quam paritum eſt voluntati, cæteri conditioni deficiunt,*

ciunt,

ciunt, vbi glos. verb. *vni*, illic: *Etiam vlteriori, quia hic habet electionem*, vbi Bart. *num.* 4. ibi: *Is, cui libera electio commissa est, non tenetur eligere proximiorem*. Bald. *ibidem*, vers. *Itaque*, Castrens. *num.* 2. Peralt. *in dict.* §. *si de falcidia, num.* 12.

159 ¶ Dom. Molin. *libr.* 2. *cap.* 5. *num.* 4. *in medio*, ibi: *In hoc tamen maioratu, in quo ex libera electione succedendum est, non est seruandus successionis ordo, sed libera electionis facultas electori relinquenda, vt possit eligere, etiam remotiorem, seu illum, qui ab alio ex successionis ordine, seclusa electione, aliàs praecederetur*. Mier. *de maiorat.* 1. *part. quaest.* 71. *à nu.* 1. Ceuall. *quaest.* 265. *num.* 6. Gutierr. *lib.* 2. *pract. quaest.* 69. *num.* 3. Dom. Castill. *libr.* 4. *cap.* 36. *numer.* 47. *&* *tom.* 6. *cap.* 160. *à num.* 12. Add. ad Dom. Molin. *dict. cap.* 5. *lib* 2. *num.* 4. vers. *Ampliatur quarto*.

160 ¶ Aliâs enim, si precissamente huvieran de llamar a el mas cercano, no tuviera lugar la facultad que la ley concede de elegir, ibi: *Entre sus parientes*, vt considerat Greg. Lop. *in l.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. *scolio* 13. ibi: *Quia aliàs nihil operaretur facultas ad eligẽdũ, si de necessitate esset eligendus*, & supra relati DD.

161 ¶ Y en explicacion de las palabras *entre sus descendientes*, & postea *entre sus parientes*, *dict. l.* 27. *Taur.* lo afirman Didac. Castill. ibidem verb. *descendientes, in fin.* Tell. Fern. *nu.* 4. ibi: *Intellige cuiuscumque gradus sint, nulla maioris, seu proximitatis habita distintione*, Angul. *in dict. l.* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recopilat. glos.* 5. *nu.* 1. ibi: *Entre sus descendientes. Poterit ergo substituere, quos voluerit, non habita ratione maioris proximitatis: cum neque in ipso meliorato haec proximitas consideretur*, & iterum *glos.* 9. ibi: *Entre sus parientes. Quos voluerit. Nam libera est haec vocatio consanguineorum, quem admodum, & descendentium. Atque ita licet finitis descendentibus, teneatur vocare consanguineos, vt hic: non tamen tenetur seruare ordinem proximitatis in hac vocatione.*

162 ¶ Mier. *de maior. part.* 1. *quaest.* 72. *numer.* 10. ibi: *Ex quibus infero nouam, & singularem limitationem, ad dict. l.* 27. *Taur. in illis verbis, entre sus parientes, nam parentes non necessitantur in illo casu eligere proximiores*, Matienç. *in dict. l.* 11. *glos* 4. *num.* 2. Azeued. ibidem *num.* 52. Gutierr. *libr.* 2. *pract. quaest.* 67. *num.* 4.

163 ¶ Quod procedit absque dubio, licet los parientes a quien pueden preferir los Fundadores, esten fuera del dezimo grado, a que algunos que hablan en fideiconmissos quisieron limitar: porque en mayorazgos perpetuos, como la otra parte pre

tende

tende sea este, etiam si in millesimo gradu sint consanguinei debent admitti, & præferri, *l.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. que habla en la succession del Reyno, & in maioratu, Ioan. Licerier. *de primog. libr.* 3. *quæst.* 2. *num.* 5. Roder. Suar. *in l. quoniam in prioribus, limit.* 11. *num.* 19. *C. de inoffic. testam.* Dom. Couarr. *lib.* 3. *var. cap.* 5. *num.* 4. Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 14. ibi: *Ita etiam maioratus successio perpetua esse debeat, deferrique ad omnes de familia, etiam in millesimo, & vlteriori gradu exsistentes: non habita tertiæ, neque quartæ generationis ratione.* Roxas *de success. cap.* 32. *num.* 23. Mier. 2. *part. quæst.* 6. *à num.* 140. & iterum *ex num.* 304. & in noua edit. *quæst.* 5. *num.* 70. Dom. Castill. *libr.* 5. *cap.* 87. *num.* 25. vers. *Si inquam,* ibi: *In maioratu, namque seu primogenijs Hispaniæ succeditur in millesimo gradu.* Idem *tom.* 6. *cap.* 143. §. *vnico, nu.* 7. Add. ad Dom. Molin. *dict. cap.* 3. *lib.* 1. *num.* 14.

164 ¶ Con que no auiendo limitadose la fundadora à cierto grado *de parientes,* sino dicho que *sucediessen los de el mayorazgo que fundò su suegro,* que lo erān, perpetuæ, & in infinitum debent considerari vocationes, Bal. *in capit.* 1. *de feudo March.* Iasson *in l. fin. C. vnde legit.* Mantic. *de coniectur. libr.* 8. *tit.* 12. *num.* 17. Sim. de Præt. *de interpret. fol.* 289. *num.* 26. ad medium, ex multis Fussar. *quæst.* 381. *à numer.* 8. *vsque ad* 12. & in casu Angul. *in dict. l.* 11. *glos.* 10. *à numer.* 1. vbi *num.* 2. inquit: *Sed si testator, non restrinxisset hanc vocationem consanguineōrum ad decimum gradum; sed vocasset in distincte consanguineos; & posteos, extraneum: vocatio consanguineorum perpetua esset vsque ad centesimum, & millesimum gradum.*

165 ¶ *El tercero, y vltimo medio,* y que servirà de satisfacion a la oposicion que de cōtrario se puede hazer, diziendo, que la fundadora no llamò por su nombre a Don Iuan Pizarro, abuelo desta parte, ni pudiera, porque fue hijo del segundo matrimonio, que su marido contrajo despues de ella muerta con doña Francisca Pizarro, casa 19. & sic non debet extēdi ad in cogitata.

166 ¶ Viene a ser: Que con disponer de la mejora que *en su hijo don Iuan* en primer lugar, y luego mandado, *que anduviesse junto con el vinculo, y mayorazgo que en fauor de su marido auia hecho Iuan Pizarro de Orellana su padre, con las mesmas condiciones, grauamenes, y llamamientos dèl, para que sucediessen los llamados a el dicho mayorazgo,* ex clausula supra *num.* 2. vino por este medio a comprehender, clara, y literalmente a sus parientes de vn mesmo tronco, y familia, como lo eran ella, y los successores en el vinculo de su marido, y a el dicho don

Iuan

Iuan Pizarro, hijo del susodicho, por ser descendientes todos de los dichos *Alfon Garcia de Tapia, y Teresa Gonçales de Tapia y Valuerde su muger*, casa 1. assi por varon, como por hembra.

167 ¶ Ad text. in *l. pronuntiatio* 195. §. *item appellatur, de verbor. signific.* illic: *Item appellatur familia plurium personarum, quæ ab eiusdem vltimi genitoris sanguine, proficiscuntur, sicuti dicimus, familiam Iuliam, quasi à fonte quodam memoriæ, l. liberorum, in fin. ff. eod. l. cum pater, §. cum inter, & §. libertis, l. cum ita legatur, §. in fideicomm. ff. de leg. 2. l. fin. C. de verb. sign.* Alciat. *in dict. l. pronuntiatio, §. familia,* verbo *agnatorum.* Dom. Molin. *lib. 3. cap. 4. à nu. 6. cum seqq.* Pater Molin. *disput. 625. num. 3. in fin.* Fussar. *quæst. 385. num. 15.*

168 ¶ La razon es juridica, y concluyente. Porque supuesto que la ley diò permision, y facultad a doña Mencia para llamar a sus pariẽtes de qualquier grado que fuessen, ora lo hiziesse por sus nombres, ora por otro qualquiera medio en que los comprehendiesse (sicuti in presenti) se deue sustentar, nam actus debet antea interpretari, vt valeat, quam, vt omnino pereat, *l. 1. ff. de eo, quod certo loco, l. 3.* vers. *Nec credendus, ff. de testam. milit. l. quoties* 12. *ff. de reb. dub. l. 1. §. si quis ita interroget, & l. quoties* 89. *ff. de verb. obligat. l. quoties* 67. *ff. de reg. iur. cap. Abbate* 25. vers. *Profecto de verb. sign. cap. vnic. §. pen. de spons. impub. lib. 6.* plura congerit Dom. Vela *dissert. 28. nu. 28.*

169 ¶ Nam in dubio actus, qui non valet, vt agitur valeat meliori modo, quo geri possit; porque no se ha de presumir quisiesse elegir camino, por el qual resultasse destruydo su intẽto, *l. 3. ff. de milit. testam. l. hac stipulatio, §. diuus, ff. vt legat. l. quoties la 2. ff. de verb. oblig. l. quoties de reg. iur.* Camillius Gallinius *de V. S. lib. 9. cap. 36. ex nu.* 10. Dom. Castill. *libr. 2. cap. 7. à n. 20.* vbi *numer. 21.* sic: *Sed etiam cum in dubio versamur, tunc enim actus, qui non valet, vt agitur valere debet in dubio omni meliori modo, quo geri potuit: quia non præsumitur, quis facere actum frustratorium, neque eligere viam, per quam impugnet iudicium suum.* Dom. Valençuel. *cons. 23. à num. 97.*

170 ¶ Quod in tantum procedit, que aunque se explicasse por medio inhabil, è impertinẽte, adhuc, se sustenta la disposicion, ex alio titulo congruo, & habili, de que podia vsar, y valerse, como en los juyzios formados por el que entendiendo tiene jurisdicion, dize vsa della no siendo cierto, nam si alio ex capite, la tiene, nihilominus, se conserva el juyzio, ex competenti, *l. consensisse, §. conuenire, in fin. ff. de iudic.* Glos. *in l. 1. C. qui per sua iurisdict.* Bal. *in l. eum qui, in princ. ff. de iurisdict. omn. iud.*

num.

num.fin. Innocent. *in cap.cum ex officij de præscript. nu.* 3. verſ. *Et hæc ſunt vera.*

171 ¶ Iacob.de ſancto Georg. *in l.conſenſiſſe,* §. *conuenire,num.8.de iudic.* ibi: *Quod putans ſe habere iuriſdictionem ex vno capite, & eam non habet, ſed habet ex alio capite, ſi procedat ex capite incompetenti, nihilominus ſubſtinebitur proceſſus ex capite competenti.*

172 ¶ Et ſi formetur proceſſus, ſin poder de alguno de las partes, y ſalgan las ſentencias ſin auerlo pueſto en el pleyto, ſi en la verdad lo tenia el Procurador, ſeran validas, y ſe ſuſtentarâ el juyzio, vt cum Vantio *de nulit. ex defectu mandati, n.* 116. Mohedan. *deciſ.*7. & alijs Rotę deciſionibus, Dom. Salg. *de Reg. protect.*4.*p.cap.*7.*n.*125. illic: *Circa quod vnum eſt notabile, quod ſi actum fuit cum aſſerto procuratore, & ſententia, ſit lata, non conſtito de mandato, & expedita executoriales, tamen ſi re vera, illo tempore in rerum natura ſtabat mandatum ſufficiens, licet non productum, & de illo conſtet, etiam poſt ſententiam ſuſtinetur ſententia.*

173 ¶ Y en otras qualeſquier diſpoſiciones ſicuti Roman. *conſ.*343.*num.*9.*vbi, ex l.tutor,* §. *quæ tutoribus de excuſation.tutor.* & alijs iuribus aſſerit: *Quod actus factus ex vno capite conuenientiori, & peroſimiliori, etiam ſi aliud caput expreſſum ſit: nam expreſsio illa intelligitur facta potius cauſa demõſtrationis, quã quod ex eo capite ad faciendum actum moueatur;* quem ſequitur Curtius Iunior *conſ.*20.*n.*7. verſ. *Et ad hoc optimè conueniunt,* vbi inquit: *Ludouici Romani doctrinam multo fortius procedere, quãdo actus ſolum ex vno capite poteſt valere, & aliud caput inconueniens exprimatur, quia non eſt veroſimile, quod quis velit viam aſſumere, per quam diſpoſitio ſua ſubuertatur, ex l.*3.*de teſtam.milit.* Et poſt alios ſuo more congeſtos, tradit Tiraquel. *in l.ſi vnquam in præfact. num* 60. *ad medium.*

174 ¶ Montero à Cueua *deciſ. Arag.*41.*numer.*81. ibi: *Quod contractus factus vigore mandati inutilis, & inſufficientis, ſuſtinetur virtute mandati legitimi, & ſufficientis, de quo non fuit facta mentio, etiam ſi mandatarius illud ignorauerit, tempore celebrati contractus.*

175 ¶ Por manera, que a todos viſos que ſe mire eſte negocio, y diſcurra en el tandem, tandem, ſiempre ſe toparà con la juſticia notoria que aſsiſte a la defenſa de don Iuan Pizarro.

176 ¶ Y finalmente, quando por algunas cauſas que no alcancemos llegaſſe a ponerſe el negocio en terminos de duda, eſte ſolo era vrgentiſsimo titulo para ſer abſuelto el ſuſodicho

de la demanda contraria; pues es Reo convenido, y posseedor legitimo desta parte de dehesa.

177 ¶ *L. fauorabiliores, l. in pari, ff. de reg. iur. l. Arrianus, in fin. ff. de oblig. & act. l. 2. ff. vti possidetis,* ibi: *Qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet, l. 40. in fin. tit. 16. part. 3.* plura iura cumulat Dom. Castill. *lib. 4. cap. 23. à num. 27.*

178 ¶ Quod procedit, siuê in facto, siuè in iure dubium consistat Euerard. *in locis legalibus loco 92. in rubr. nu. 7.* Pinel. *in l. 2. C. de rescind. part. 2. cap. 4. num. 4.* Pater Gabriel Vazquez *ad 1. 2. Diui Thom. disp. 66. cap. 7. num. 42.* ibi: *Adde quod nullus iudex in foro exteriori propter vrgentiores rationes, non vallentes assensum generare, possessorem re, quam possidet spoliare, si certum iudicium, & sententiam ferre vellet.*

179 ¶ Con que esperamos determinacion fauorable, absoluiendo a esta parte de la demanda contraria, è imponiendole perpetuo silencio. Salva in omnibus, tanti iudicis, & Senatus. D. C.

Lic. D. Iuan de Herrera
Pareja.